REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUIN

AÑO III - No. 5
Segunda época

Fotografía Leal Permuth Ostrowski

CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Decano:
Lic. Eduardo Mayora Alvarado.

Secretario:
Lic. Gerardo Prado-Ayau.

Representante de los catedráticos:
Lic. Carlos Enrique Estrada Arizpe

Representante de los estudiantes:
Estuardo Gamalero

DIRECTORIO DE LA REVISTA

DIRECCION GENERAL:
Carmina Valdizán Mendoza.

AREA DE EDICION:
Olga María Pivaral Alejos.

EVALUACION DE CONTENIDO:
Claudia María Godinez Soto.
Jary Mendez Maddaleno

AREA DE REDACCIÓN:
Isabel Prieto Giordano.

PROMOCIONES:
Vera Sánchez-Latour Z.
María Echeverría Falla.
Gloria Rodriguez

FOTOGRAFIA:
Igal Permuth Ostrowiak.
Ana Rosa Alfaro Altuve.

Fotografía de la portada:
Igal Permuth Ostrowiak
Edificio de Biblioteca UFM

CONTENIDO

Editorial
La cultura de los privilegios
Eduardo Mayora Alvarado 1

Introducción al pensamiento de Von Hayek
Rigoberto Juárez-Paz 3

La originalidad de América
Armando de la Torre 7

La paja de agua y el Derecho
Juan F. Bendfeldt 9

Posiciones doctrinarias referentes a la propiedad de las aguas
Regina Morales de Fernández 16

Origen del Tribunal Constitucional en Chile
Osvaldo Faundez Vallejos 23

El caso Alvarez Machain a la luz de la jurisprudencia y doctrina internacional
Francisco Villagrán Kramer 29

¿Qué pasará con el milagro económico de Hong Kong? ¿Será un mito o una realidad?
Ana Lucia Ramila 34

La "falsificación legal" y la inflación monetaria
Jary Mendez Maddaleno 37

Constitución, patria y pueblo
Rodolfo E. Salazar Paniagua 41

LA CULTURA DE LOS PRIVILEGIOS

Durante largo tiempo y en relación a distintos contextos, algunos líderes políticos y algunos líderes intelectuales han criticado duramente la noción capitalista del lucro y del interés personal, como factores de motivación del sistema económico. Se ha afirmado por una serie de autores y estadistas, con pretensiones de autoridad incontestable, que un sistema en que la causa eficiente consiste en que cada uno busque su personal bienestar habrá de conducir, tarde o temprano, a situaciones injustas, a situaciones indeseables, a circunstancias antisociales, o cuando menos, será incapaz de lograr el bien común.

Muchos de estos líderes políticos e intelectuales denuncian que en nuestro país, al igual que en otros, esa noción egoísta del interés individual ha resultado en inmensas masas de paupérrimos proletarios y desposeídos campesinos, mientras que unos cuantos disfrutan de riquezas extraordinarias.

Las denuncias que se han alzado en contra del capitalismo han sido parcialmente exitosas, en el sentido de que han logrado que las instituciones públicas intervengan el sistema económico con vistas a, digamos, "humanizarlo", o bien, con el propósito de lograr metas que se estiman conducentes al bien común y que el mercado, librado a sus propias fuerzas, no realizaría.

La forma en que por excelencia se ha intervenido en el sistema económico es a través de la legislación. Es decir que, en cada aspecto en que llega a formarse cierto consenso de opinión pública, en favor de la "humanización" del capitalismo, o en favor de ciertas metas que el mercado por sí no perseguiría, las instituciones públicas promulgan legislación que supuestamente logrará esos propósitos. Así por ejemplo, en Guatemala se han dictado en el pasado reciente diversas disposiciones legislativas en favor del medio ambiente, con base en que en ausencia de legislación proteccionista, la empresa o los propietarios privados, preocupados exclusivamente por sus personales intereses, permitirían la destrucción del entorno. No obstante y a pesar de toda la legislación que se ha promulgado y podrá promulgarse en el futuro, el deterioro del entorno continúa prácticamente invariable.

Pero, retomando la línea de pensamiento anterior, la noción subyacente a todo tipo de intervención legislativa del sistema económico, se sustenta en la creencia de que los individuos, librados a la consecución de su personal interés, llegarán indefectiblemente al punto de servirse de los demás, en favor suyo. El poder para lograr servirse de los demás vendrá determinado por su posición privilegiada, esto es, por ser ricos. La abundancia de unos cuantos, se afirma, les facilitará explotar a todos aquellos que viven carentes de bienes o recursos. Estos últimos no pueden negarse a servir a los poderosos, pues su alternativa supone prácticamente perecer.

Ese es el fundamento filosófico de la actual legislación laboral, es decir, que los trabajadores no tienen ni libertad de contratación, ni poder de negociación frente a los patronos, puesto que de rehusarse a aceptar las condiciones impuestas por éstos últimos habrá muchos otros trabajadores interesados en tomar la plaza y, además, rehusarse a tomar el empleo supone para el trabajador quedar prácticamente en la indigencia, puesto que las oportunidades de empleo son muy reducidas. Como consecuencia, parece evidente que la intervención del poder público a través de la legislación laboral, con el objeto de evitar esa inhumana explotación, es necesaria.

Ahora bien, la intervención del sistema económico a través de la legislación no siempre se produce en favor de causas inmediata y evidentemente nobles o en favor de aquellos notoriamente débiles. Fuera de que ni el medio ambiente se mejora a través de la intervención legislativa en el sistema económico, ni el nivel de vida de los trabajadores se supera mediante la promulgación de la legislación laboral, es el caso que, además, existen muchísimas otras intervenciones legislativas del sistema económico que lo distorsionan y debilitan aún más. Así por ejemplo, se suele aceptar, por regla general, que los productos de importación, que a su vez son fabricados localmente, deben gravarse con aranceles más altos, para proteger la industria nacional y las plazas de trabajo que la misma proporciona; se suele aceptar también, por regla general, que los productos de importación que sirven de materia prima para la industria nacional, deben gravarse con aranceles más bajos, para proteger también la industria nacional, las correspondientes plazas de trabajo que ésta proporciona y abaratar los productos fabricados en Guatemala. La legislación de fomento de nuevas actividades industriales o agrícolas la hemos tenido y tenemos en abundancia.

Por ejemplo, habida cuenta de que se llegó a formar cierto consenso de opinión pública en favor de la creación de la llamada "industria de la maquila", se ha promulgado legislación que supone, según el caso, exenciones fiscales para la importación de maquinaria, equipo, materia prima, moldes y otros productos; exenciones del Impuesto Sobre la Renta y del Impuesto al Valor Agregado por espacio de hasta diez años y otros beneficios. La industria y la comercialización de hidrocarburos está sujeta a regímenes legales y tributarios especiales, por considerarse tales actividades como estratégicas y relacionadas con recursos naturales no renovables. La industria del transporte se encuentra enmarcada en una serie de estipulaciones legislativas que, de una forma u otra, suponen para los que ya están en el negocio, la posibilidad de bloquear u obstaculizar el acceso de otros al mercado y algo parecido se da en relación con lo concerniente a las telecomunicaciones y la radio. El Reglamento para la constitución y autorización de bancos, aplicable también a las sociedades financieras privadas, contempla que los que ya se encuentran brindando sus servicios al público pueden oponerse a la aprobación de otras instituciones que pretendan entrar a competir al mercado y el régimen fiscal aplicable a las operaciones y negocios financieros y bursátiles es diferente del que se aplica a otras actividades económicas. Por otro lado, con base en la encomiable intención de mantener estable el precio de ciertos productos de consumo básico, la legislación de "protección al consumidor" ha facultado al Ejecutivo a fijar su precio. Uno de los casos recientes, que demuestran lo nocivo de tales intervenciones en la economía, es la práctica desaparición de los hatos lecheros en Guatemala, cuyos dueños, obligados a vender precios controlados, prefirieron abandonar el negocio. Cómo dejar de mencionar en línea con este tipo de intervenciones, la que se da en relación a la fijación del tipo de cambio de la moneda que, según las circunstancias, favorece a los

importadores a costa de los exportadores o viceversa.

En fin, la intervención legislativa del sistema económico se da de variadísimas formas, casi siempre con la mejor de las intenciones y con base en que el interés personal y el afán de lucro individual son incapaces de permitir, y mucho menos de propiciar, el bien común.

Ahora bien, sin perjuicio de las buenas intenciones que puedan concurrir en cada caso en que el sistema económico ha sido intervenido a través de actos legislativos, lo cierto es que en este país hemos vivido por largo tiempo dentro de una "cultura de privilegios", en varios sentidos. Por una parte, en el sentido de que muchos grupos (sean de cooperativistas o de banqueros) funcionan al amparo de "leyes privativas" (esto es "privilegem") y por otra parte, en el sentido de que también estos u otros grupos, han sido favorecidos con beneficios "legislativos" de los que la generalidad de los ciudadanos no disfrutamos.

En un trabajo que publiqué hace algunos años hacía yo referencia a la promulgación de la llamada "Ley de supresión privilegios fiscales", que aprobó la anterior legislatura y por cuya virtud se derogaban disposiciones de al menos ocho cuerpos legislativos diferentes, que concedían algún tipo de privilegio fiscal. La promulgación de la Ley de supresión de privilegios fiscales constituye, a no dudarlo, un avance notable; sin embargo, realmente se trata de una golondrina solitaria, que, además, dejó expresamente vigentes cuerpos legislativos que establecen privilegios fiscales para la industria de los hidrocarburos y de la maquila.

De cualquier forma, esta cultura de privilegios en que hemos vivido por largo tiempo y en la que aún vivimos, es la consecuencia, en su mayor parte, de la adopción bien intencionada de políticas económicas equivocadas, que se han implementado a través de la promulgación de legislación pública. Además, el surgimiento de la cultura de privilegios nos ha llevado al convencimiento de que la noción de que todos hemos de gozar de la igual protección de la leyes, esto es, que todos hemos de ser iguales ante la ley, es algo del pasado. La cultura de privilegios nos ha conducido a considerar natural el que ciertos grupos de personas o de organizaciones sean tratadas legalmente de forma distinta. Actualmente el principio de la igualdad formal ante la ley ya no se concibe como el derecho a ser tratado, en tanto ciudadano, como cualquier otro ciudadano. En nuestros días ya no existe una igualdad radical, centrada en la mera noción de ciudadanía. El principio de igualdad formal ante la ley se concibe, hoy por hoy, como aquella regla según la cual "corresponde trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales". Sólo una concepción del principio de igualdad ante la ley formulada en tales términos, podría servir de sustento -teórica y jurídicamente- a la cultura de los privilegios.

En efecto, afirmar que corresponde igual tratamiento legal a los iguales y desigual tratamiento a los desiguales, carece de todo contenido, puesto que el problema de la igualdad ante la ley queda entonces sometido a un relativismo y a un subjetivismo casi absolutos. Relativismo, porque todos somos, en relación a determinadas notas características, iguales y, en relación a otras notas características, desiguales. Subjetivismo, porque dependerá del criterio subjetivo de los legisladores en cualquier momento dado, qué notas características o qué denominadores comunes elegirán con vistas a incluir o excluir elementos en un determinado conjunto.

Por ejemplo, en relación a su actividad económica, dos industriales que se dedican a la manufactura de pantalones, comparten en común esas características, y sin embargo, si uno de ellos fabrica dichos productos para el mercado interno, el tratamiento legal que recibe es uno, y si el otro los fabrica para el mercado externo, el tratamiento legal que recibe es otro. Ambos industriales son iguales, pero son distintos, dependiendo qué nota característica se ha elegido como denominador común.

El principio de igualdad formal ante la ley debiera circunscribirse a la circunstancia de tener o no una persona la condición de ciudadano, en un sentido amplio del término, casi equiparable a ostentar las condiciones para el ejercicio de los derechos, es decir, la capacidad de hecho. Cualquier distinción más allá de tales condiciones no es más que el inicio de un proceso que termina en lo que hemos llamado: la "cultura de los privilegios". Cuando cualquier grupo o sector de la vida nacional es capaz de ofrecer razones que resultan a los legisladores suficientemente seductoras como para conceder algún tipo de tratamiento legislativo especial, es entonces inevitable que muchos otros grupos o sectores propongan su particular caso, con vistas a obtener un igualmente particular tratamiento; en definitiva, algún privilegio. Naturalmente algunos sectores o grupos serán más exitosos que otros en obtener tratamiento privilegiado, dependiendo de la cantidad de presión que puedan ejercer sobre los agentes políticos. De cualquier manera, tarde o temprano, quien obtuvo algún tipo de privilegio legislativo, pierde, por consiguiente, legitimidad y solvencia para oponerse a que otros obtengan similares privilegios. Las instituciones públicas, el Gobierno, pierden también legitimidad y solvencia para denegar a otros similares privilegios a los que ya en cualquier ocasión anterior se han otorgado.

Para terminar, conviene señalar que la pobreza y la carencia que en nuestro país sufren tantos seres humanos no es, por consiguiente, consecuencia del capitalismo, que tanto se ha atacado, sino más bien, es consecuencia de la "cultura de los privilegios" dentro de la que hemos vivido y vivimos inmersos. El capitalismo supone justamente lo contrario a la "cultura de los privilegios", esto es, la libre competencia en igualdad de condiciones, sin privilegios. El desafío más importante para quienes integramos esta comunidad universitaria es transmitir con éxito, con suficiente conocimiento de causa y convicción, que el futuro de este país depende del abandono de la "cultura de los privilegios".

Esta no es una tarea fácil, pues muchos de los que han de convencerse de lo gravoso que resulta esto para el desarrollo del país, directa o indirectamente, disfrutan de algún privilegio legal. No obstante, hemos de confiar en la nobleza del ser humano.

Eduardo Mayora Alvarado
Lección inaugural, Universidad Francisco Marroquín,
Guatemala, enero de 1993.

INTRODUCCION AL PENSAMIENTO DE FRIEDRICH A. HAYEK

Friedrich A. Hayek, nació en Viena en el año 1899. Según la descripción que hace Juan F. Bendfeldt, "Viena era, por aquella época, uno de los más importantes centros de las ciencias, las artes y la política. Durante sus años formativos, Hayek vio el final del gran Imperio Austro-Húngaro, que cerró un capítulo en la historia de la humanidad. Sirvió, siendo apenas un adolescente, en las fuerzas armadas de su país, durante la Primera Guerra Mundial. La gran conflagración social de 1914-18 le desvió de la inclinación de su familia por el estudio de las ciencias naturales (su padre era profesor de Bótanica en la Universidad de Viena) hacia las cuestiones sociales. Estudió en la Universidad de Viena, la que le otorgó un Doctorado en Leyes, en 1921 y el Doctorado en Ciencias Políticas, en 1923.

Hacía varias décadas que el socialismo se había convertido en la moda académica; Hayek se consideraba a sí mismo como un socialista moderado, y atribuye a esta temprana convicción el hecho de que en su arduo camino hacia la libertad haya tenido que luchar contra sus inclinaciones originales, descubriendo él solo los olvidados principios de la sociedad libre.[1]

De 1929 a 1931 Hayek fue "conferenciante" en la Escuela de Economía de la Universidad de Viena, después de haber publicado en 1929 su obra **La Teoría Monetaria y el Ciclo Económico**.

En 1931, cuando el joven profesor gozaba de mucho prestigio académico, recibió una invitación para trasladarse a Inglaterra, a la London School of Economics. Allí estuvo hasta 1950, habiendo adquirido la nacionalidad británica en 1938. En 1944, publicó **Camino a la Servidumbre**.

En 1950 Hayek se traslada a la Universidad de Chicago, donde es docente e investigador. Diez años más tarde, en 1960, publica una de sus obras más importantes: **Los Fundamentos de la Libertad.**

En 1962, regresa Hayek a Europa, habiendo residido en Friburgo hasta el año 1969, cuando decidió jubilarse y volver a su terruño austriaco.

El desarrollo intelectual de Hayek lo llevó de un profundo interés en la economía pura, a los problemas de la política económica, para concluir con sus estudios de filosofía política y filosofía del Derecho.

En 1974, muy tardíamente, Hayek obtuvo el Premio Nobel de Economía, precisamente cuando el centro de su atención ya no era la economía pura, y acababa de publicar el primer volumen de **Derecho, Legislación y Libertad.**
Esta obra en tres tomos, replantea muchos de los temas y problemas tratados anteriormente. El primer tomo lo dedica a analizar el concepto de orden social; y en los dos tomos siguientes estudia el orden jurídico y el orden político de una sociedad de hombres libres. Su última obra **The Fatal Conceit** todavía no ha sido publicada en español, pero el título sugiere que en ella estudia los efectos negativos para la organización social del racionalismo constructivista, al que me refiero más adelante.

En 1977, Hayek recibió un doctorado honorífico de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. En esa ocasión se le entregó el volumen El **Orden de la Libertad** que es la versión española de tres de sus ensayos.

* * *

La mayor parte de la obra de Hayek puede concebirse como un extenso argumento en favor de la libertad individual, argumento cuya conclusión sería: "El principio que debe guiar cualquier intento de crear un mundo de hombres libres, tiene que ser este: una política de libertad individual es la única que verdaderamente conduce al progreso."[2]

Y puesto que los seres humanos naturalmente desean una vida mejor, el problema político de la sociedad se reduce a encontrar el sistema de organización social que permita la mayor libertad para todos los ciudadanos. ¿Por qué, entonces, nos preguntamos nosotros, no es la sociedad libre la que prevalece en el mundo actual? ¿Por qué exhibe la mayor parte del mundo atraso y pobreza en vez de exhibir progreso y bienestar? ¿Por qué no se aprecian los grandes beneficios materiales y espirituales de la libertad individual?

El estudio de la obra de Hayek nos permite dar respuesta a estas preguntas. Una respuesta parcial es que, al menos en occidente, durante siglos ha prevalecido la tradición galicana o francesa de la teoría de la libertad; una teoría racionalista, que tiende a la construcción de utopías y que se funda en la idea equivocada de que el hombre posee poderes racionales ilimitados, de manera que puede construir la sociedad que desee.

Resulta claro, pues, que un poderoso enemigo de la libertad ha sido el racionalismo filosófico. Ya en la antigüedad clásica dicho racionalismo produjo la **República de Platón**. Como se recordará, la república platónica es una sociedad ideal en la que a cada ciudadano se le asigna su lugar, de acuerdo con un plan preconcebido. En los tiempos modernos, también por causa del renacimiento del racionalismo (Descartes), apareció **El Contrato Social**, de Rousseau, que es otro intento de diseñar o planear una república ideal.

1 Prólogo de la edición de **Camino a la Servidumbre**. C.E.E.S., Guatemala, p.11
2 F.A. Hayek, **Camino a la Servidumbre**.

El planeamiento social centralizado evidentemente es producto del racionalismo, aun cuando en este caso el énfasis se pone en la naturaleza del conocimiento. Para los racionalistas, el único conocimiento que merece el calificativo de tal es el conocimiento científico, es decir el conocimiento que puede expresarse por medio de leyes o principios generales. Es por ello que los racionalista abogan por la creación de Centros de Planeamiento Económico, ya que de esa forma, según ellos, se puede reunir todo el conocimiento pertinente para decidir cuánto y cómo se producirá en una situación específica. Ni las preferencias individuales ni el conocimiento que posee cada ciudadano de su ambiente inmediato tienen cabida en una sociedad en la cual la producción de bienes y servicios la decide un grupo de expertos que, en realidad, lo único que pueden saber son los datos estadísticos del pasado.

El racionalismo clásico tiene, como otra de sus consecuencias, la asignación de un **status** secundario a los entes particulares o individuales y una exaltación de los entes abstractos. En fin de cuentas, lo que la razón capta o conoce son **abstracciones** o **entes universales** y no los entes particulares. Es por ello que cuando el racionalismo enfoca los problemas sociales, el ciudadano aparece como un ente pálido y triste ante la realidad maravillosa del Estado. El ciudadano es por ello un sirviente del Estado en vez de estar el Estado al servicio del ciudadano.

El marxismo-leninismo de nuestro tiempo es también una consecuencia directa del racionalismo, es decir del racionalismo hegeliano, por más que se diga que el materialismo dialéctico se libera del racionalismo idealista de Hegel. Según he argumentado en otro sitio[3] si la realidad es dialéctica entonces no puede ser material; y si la realidad es material, entonces no puede ser dialéctica. En otros términos, he argumentado que **materialismo dialéctico** es una contradicción o una imposibilidad lógica.

Uno de los principales objetivos de la obra de Hayek ha sido mostrar que la razón es la "más preciosa posesión del hombre", pero que ni la capacidad racional es ilimitada ni es toda la vida humana producto del uso deliberado de la razón. Su postura filosófica está arraigada en los empiristas británicos, especialmente Locke y Hume.

Para entender la filosofía social de Hayek es, pues, necesario tener presente que la filosofía empirista británica y la experiencia y política norteamericana de fines del siglo XVIII, son dos importantes fuentes de su pensamiento.

Desde John Locke, la filosofía británica se caracterizó por su intento de descubrir los límites de la razón. La conclusión general de la filosofía empirista es que todo el conocimiento se deriva de la experiencia. No hay, pues, conocimiento **a priori**.

Este aspecto de la tradición filosófica británica, aunque no las doctrinas específicas, lo refleja la obra de Hayek con toda claridad. También refleja la tendencia evolucionista del pensamiento británico en contraposición a la tendencia constructivista del pensamiento racionalista.

Pero ello no justifica el afirmar que el pensamiento de Hayek es de inspiración Kantiana, como lo hace John Gray.[4] El problema de Kant no era averiguar si había o no conocimiento **a priori**. Su problema era averiguar si había conocimiento **a priori** que no era vacío, como lo es el conocimiento de que A es A.

En otros términos, Kant no pone en duda la existencia del conocimiento **a priori** ni duda del poder de la razón para guiar la vida del hombre. Más bien **exalta ambos**.

La experiencia política norteamericana de fines del siglo XVIII se caracterizó por su vocación democrática, es decir, por su respeto a la opinión de la mayoría. Sin embargo de ello, los próceres norteamericanos inmediatamente se dieron cuenta de que el poder de la mayoría no puede ser ilimitado, como veremos más adelante, y que la tiranía de la mayoría es mil veces peor que cualquier otro tipo de tiranía.

* * *

Para apreciar plenamente el pensamiento de Hayek, los lectores latinoamericanos deberán someter a análisis crítico algunas ideas y actitudes que son propias de nuestra cultura. El autor, Friedrich A. Hayek, pertenece a otras tradiciones culturales, de manera que para comprender mejor su pensamiento es preciso tener conciencia de algunas diferencias conceptuales importantes.

Una de las ideas que los lectores de Hayek deben someter a análisis crítico es la identificación de la independencia nacional con la libertad civil o ciudadana. Dicha identificación o confusión se originó, al menos en Centroamérica, en el Siglo XIX, durante la época de la independencia. Los próceres centroamericanos equipararon la libertad civil o ciudadana con la independencia política de España. Esta equiparación era natural que sucediera, por dos razones principales: la primera, porque su objetivo político primordial e inmediato era lograr la independencia de nuestros países; la segunda porque ellos identificaban la libertad, en general, con la autonomía o la

3 **Las memorias de Vuvub-Cacquix.**

4 F.A. Hayek y el renacimiento del liberalismo clásico, en **Historia y Filosofía de la Sociedad Libre**, Rigoberto Juárez-Paz y Angel Roncero Marcos, Editores.

facultad de darse uno sus propias leyes.

La identificación de la independencia nacional con la libertad ciudadana parece originarse en la identificación de la libertad, en general, con la autonomía. Si, como es el caso, el hombre es libre en la medida que su conducta se origina en su propia decisión, en su propia voluntad, un ciudadano sólo es libre en la medida que su conducta pública obedece las leyes propias o acordadas por sus representantes.

Sin embargo, en nuestra América, y sin duda en otros países del mundo, el hecho de que los ciudadanos obedezcan leyes acordadas por sus propios representantes no ha producido sociedades libres. Los países de la América Latina han promulgado autónomamente su legislación desde principios del siglo XIX y, sin embargo, muchos de ellos nunca han sido países libres. Muy por el contrario, en América Latina ha habido y hay dictaduras civiles y militares que no han sido impuestas por naciones extranjeras sino por sus propios gobiernos. Son dictaduras perfectamente autónomas o independientes, probando históricamente con ello que la autonomía o la independencia nacional no garantiza la libertad ciudadana.

De lo precedente se sigue que no se puede definir la libertad civil o ciudadana en términos de autonomía. Por la misma razón tampoco se puede identificar la independencia nacional con la libertad ciudadana, como lo hicieron nuestros próceres.

Después de un poco de reflexión, también se ve con toda claridad que el concepto de independencia o autonomía nacional es un concepto que se refiere a la relación que existe entre estados, naciones o comunidades. Las naciones son más o menos dependientes o independientes de otras naciones; los ciudadanos son más o menos libres.

Por otra parte, el concepto de libertad civil o ciudadana se refiere a la relación que existe entre el ciudadano y las leyes que como miembro de un Estado necesariamente tiene que obedecer. Pero la relación no se refiere al origen de las leyes que debe obedecer sino a la naturaleza de dichas leyes. La preocupación por la naturaleza de la ley desplaza a la preocupación por su origen, que fue preocupación latinoamericana originaria.

Puesto que toda legislación ejerce algún tipo de coacción o limitación a la conducta de los ciudadanos, la mayor o menor libertad civil dependerá de la mayor o menor coacción que ejerzan las leyes. Luego se observa que entre más específica es una ley o un mandato, mayor es la coacción que ejerce y, en consecuencia, menor es la libertad de elegir la forma de cumplirlo. El mandato ¡váyase a su casa! es mucho más específico que la norma "Todos los presentes deben irse a su casa" y bastante menos específico que el mandato ¡váyase a su casa en este instante!. Conforme las leyes, órdenes o mandatos se vuelven más específicos, en esa medida la persona que obedece pierde su libertad. A quien se le ordena que se vaya a su casa se le puede especificar que lo haga a las 10:00 a.m., en un autobús del servicio urbano de la línea 13, que sea de color azul, y de la marca Ford. A mayor especificidad menor capacidad de elegir la forma de cumplir con la orden.

La definición de libertad que Hayek propone: "libertad es la ausencia de coacción arbitraria", es completamente ajena al origen de las leyes. El origen de las leyes, cualquiera que sea, no garantiza ni la libertad ni la tiranía. Una consecuencia del reconocimiento de este hecho es que, como ejemplo, se puede disfrutar de libertad civil en una monarquía y padecer una tiranía democráticamente establecida. Ni la monarquía tiene que ser tiránica ni la democracia tiene que ser liberal. Todo depende de la especificidad o la generalidad de las leyes que los ciudadanos tienen que obedecer.

Otro concepto que los latinoamericanos tenemos que someter a análisis crítico es precisamente el de democracia. Generalmente se ha creído que la democracia es aquel sistema de organización política en el que la mayoría tiene poder ilimitado, de tal forma que cualquier medida o disposición de la mayoría tiene el carácter de ley y es una medida justa que todo los ciudadanos deben acatar.

Como lo vieron los próceres norteamericanos con toda claridad, la mayoría no debe tener poder ilimitado. El poder político, en una sociedad que se precie de ser democrática, en el sentido original del término, no puede ser ilimitado. En un régimen democrático el poder de la mayoría tiene que estar limitado por los derechos individuales, precisamente para garantizar que el gobierno en verdad sea un gobierno del pueblo. En una democracia gobierna el pueblo, pero el pueblo es un conjunto de individuos de carne y hueso; el pueblo no es una abstracción descarnada ni una ficción. Las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se introdujeron en 1791, dos años después de estar en vigor la Constitución; y se introdujeron precisamente para proteger a los ciudadanos del poder de la mayoría, encarnado en la propia Constitución.

Como bien lo señala Hayek en el capítulo sobre el gobierno mayoritario de su obra **Los Fundamentos de la Libertad**, la democracia es un medio para alcanzar otros fines, pero ciertamente no es un fin en sí misma. La democracia tiene que juzgarse por sus logros.

La necesidad de hacer un análisis crítico del concepto de democracia se ve con mayor claridad cuando se advierte que en nuestro tiempo se usa la frase "democracia popular" para referirse a férreas dictaduras de partido. En el sentido tradicional del término, no puede ser democrática una sociedad en la que sólo se permite la existencia de un

partido político y donde no tienen vigencia los derechos individuales. Estas y otras confusiones conceptuales las considera Hayek en el ensayo "La confusión del Lenguaje en el Pensamiento Político".[5]

Otro concepto fundamental que es preciso examinar cuidadosamente es el concepto del deber moral. Si nos preguntamos ¿en qué consiste realmente nuestro deber cuando reconocemos que debemos pagar una deuda; o que debemos cumplir una promesa? nos daremos cuenta que nuestro deber no consiste en simplemente querer pagar la deuda o cumplir la promesa. El simple deseo o intención de cumplir con el deber no constituye cumplimiento del deber. Se necesita mucho más que eso. Pero, ¿qué es lo que hace falta?

Al llegar a este punto de la reflexión parece natural pensar que uno cumple con su deber cuando, como en el caso de tener la obligación de pagar una deuda, de hecho la paga, es decir que nuestro acreedor recibe el pago de lo que le debemos; o cuando, en el caso de que hayamos prometido visitar un amigo enfermo, llegamos a su casa. En ambos casos, tanto en el cumplimiento de la obligación de pagar una deuda como en el cumplimiento de la promesa de visitar a un enfermo, el cumplimiento del deber consiste en tener éxito. Y uno fácilmente se queda satisfecho de que cumplir con el deber moral consiste en tener éxito, ya que no puede consistir en simplemente desear cumplirlo.

Pero el asunto no es tan fácil. Cumplir con el deber moral ciertamente no puede consistir en el simple deseo de cumplirlo. Pero tampoco puede consistir en tener éxito. El éxito o el fracaso en el intento de cumplir con nuestro deber no depende completamente de nosotros. Una catástrofe o un accidente pueden impedírnoslo. Ninguno de nosotros controla completamente el mundo en que vive. Por otra parte, aquello que es nuestro deber moral y cuyo incumplimiento nos hace acreedores a la censura moral, tiene que ser algo que esté bajo nuestro control; de lo contrario no podemos aceptar la responsabilidad. De manera que tener o no éxito no puede ser el criterio para averiguar si hemos cumplido o no con nuestro deber moral. Lo único que está completamente bajo nuestro control es ponernos a cumplir con nuestro deber; hacer todo aquello que esté dentro de nuestras posibilidades para cumplir; y por esa razón, sólo en ello puede consistir nuestro deber moral.

Tenemos, pues, que evitar la creencia, equivocada de que nuestro deber moral consiste en tener buenas intenciones o buenos deseos. También tenemos que evitar la creencia equivocada de que nuestro deber moral consiste en tener éxito.

Pero en la vida social hay muchos deberes u obligaciones que no son deberes u obligaciones morales y cuyo cumplimiento sí consiste precisamente en tener éxito. Como es evidente, al vendedor de un producto lo remuneran según el número de unidades que venda y no según el esfuerzo que haya hecho para vender. Al estudiante se le califica de acuerdo con el número de las respuestas correctas y no de acuerdo con el esfuerzo que invirtió en prepararse para la prueba. El éxito es el criterio que se utiliza para averiguar si alguien ha cumplido o no con sus obligaciones no morales. En otros términos, al prójimo le interesan los resultados de nuestro esfuerzo y no le interesan la cantidad ni la calidad de él.

En el capítulo "Igualdad, Valor y Mérito"[6] Hayek hace ver que la sociedad libre premia los resultados o el valor social de nuestra conducta y no los deseos o el mérito de quienes actúan.

Una sociedad libre no puede basarse en el mérito o en el esfuerzo o en la calidad de las intenciones de los ciudadanos. La sociedad libre aspira a basarse en criterios objetivos; y así como rechaza la noción de precios justos, por causa de la subjetividad implícita en la noción de un precio justo, que no sea el que libremente estén anuentes a pagar los ciudadanos, también rechaza la noción de mérito para remunerar el trabajo. Por ello postula los resultados del trabajo como único criterio objetivo para remunerarlo.

En una sociedad libre tampoco tiene cabida la llamada justicia social. Sólo en una sociedad dirigida hacia fines específicos por una autoridad central tiene sentido referirse a la justicia social. La justicia no es más que la vigencia de los derechos individuales. Justicia social, agrego yo, es un concepto lógicamente vacío.[7]

Friedrich A. Hayek, es sin duda alguna, el mejor exponente de la filosofía social neoliberal de nuestro tiempo. El lector atento de sus obras podrá fácilmente comprobar lo razonable de mi aserto.

Rigoberto Juárez-Paz
Universidad Francisco Marroquín

"No hay límite al progreso de cada persona más que ella misma, cuando hay libertad."
Cardenal Miguel Obando y Bravo

5 **El orden de la libertad**, p.p., traducción de Rigoberto Juárez-Paz.
6 Op. Cit.
7 Juárez-Paz, "El sentido de la justicia en el concepto de justicia social". **Las Condiciones del Diálogo y otros Ensayos**. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

AL LARGO PLAZO

LA ORIGINALIDAD DE AMERICA

El 20 de enero, en pleno corazón del invierno septentrional, los norteamericanos se volcaron a uno de sus pasatiempos favoritos: un desfile, esta vez por la avenida principal de la ciudad de Washington.

Nada habría que comentar al respecto si no fuera por la ocasión que lo justificaba: la asunción del gobierno por un nuevo equipo político. Esto, en sí, tampoco ameritaría mucho comentario, excepto porque se ha repetido en la misma forma y con la misma solemnidad, pacífica y festivamente, por más de doscientos largos años.

A su vez, no es su abolengo el que le da peso a ese ritual sino la doctrina de filosofía política que le subyace. Cuando George Washington, el primero, se hizo cargo del gobierno de los Estados Unidos en una ceremonia parecida en la ciudad de Nueva York, se acababa de consumar en suelo americano una revolución de alcance universal cuya vigencia podemos anticipar hasta bien entrado el siglo XXI: el intento de gobernar "del pueblo, por el pueblo y para el pueblo" en un Estado nacional moderno, que no girase ya más alrededor de una dinastía sino de un conjunto de principios abstractos, plasmados por escrito en una Constitución.

Ese ha sido el timbre de gloria de la América del Norte y la legitimación de su reclamo a una originalidad a nivel universal.

Esa originalidad política -y jurídica - de Norte América no fue del todo suya, no lo podía ser, pero lo que a ella habían aportado sus más preclaros hijos nativos ha resonado con el arrastre que añade el éxito a ambos lados del Atlántico, muy en particular en ésta nuestra América a la que se ha querido adjetivar "latina".

Hace unos meses, los medios masivos de comunicación nos presentaban las imágenes de otro evento surgido del pueblo, ahora en el Brasil: multitudes que expresaban tumultuariamente su gozo por la destitución pacífica de un gobernante que ellas mismas habían elevado mayoritariamente a la primera magistratura del país dos años antes. Notable como fue ese evento, más notable resultó para el observador inquisitivo lo abigarrado de los rostros y de los estilos aparentes de vida de los que danzaban o proclamaban en las calles su identidad de miras. Blancos, negros, mestizos , hombres y mujeres, elegantes, desharrapados, todos contagiados emocionalmente de una euforia que sabían habría de ser efímera.

Pero el caso en torno a Collor de Melo me trajo a la memoria la observación perspicaz de José Vasconcelos, hacía más de medio siglo, sobre una "raza cósmica" que sólo en América, particularmente en la de raíces ibéricas, se fragua desde la Conquista. Es únicamente en este hemisferio donde han convergido sin previo arreglo los tres grandes troncos de la raza humana, el mongólico, el caucásico y el africano, y se han integrado dentro de un mismo espacio en un tapiz de lienzos distintos y temas variados: a lo largo del Pacífico, con una presencia asiática dominante, la más antigua, que aún da su tónica a los rasgos raciales de la mayoría; de cara al Atlántico, del Caribe a Río de Janeiro, con el testimonio, en sus orígenes forzados, de lo africano, que todavía asoma vibrante al ritmo del tambor, de los colores fuertes y de la santería; en el Cono Sur, así como disperso por la ancha geografía continental de sus grupos dominantes, el liderazgo cultural y económico de los blancos europeos. Y, de abajo a arriba, la marea ascendente del mestizo.

¿Dónde se ha dado algo parecido?

No en la Europa empapada por milenios de la sangre de enfrentamientos entre etnocentrismos fanáticos; no en el Asia de las castas rígidas de la India, o de las celosas autarquías, como las de China y el Japón; no en el Africa de los tribalismos intolerantes, tampoco en la América del Norte del "destino manifiesto" o en la Australia de "sólo blancos". Aquí, entre nosotros, entre los hijos de quienes nos legaron el portugués y el castellano y nos libraron de las guerras de religión -aunque al precio también de las mazmorras de la Inquisición- es donde se destilan todas las razas humanas en una cósmica, en un retorno simbólico a los comienzos, los del Génesis o los del Cro-magnon.

Otra imagen reveladora del diario acontecer:

Hace un año los Presidentes de Guatemala y México firmaron un convenio para el trazado con fines turísticos de una "ruta maya" que les sea común a ambos pueblos. Nuestra América es así de diferente. La curiosidad por nuestro pasado más remoto necesita restablecer, aunque sea precariamente, con piedras viejas, un puente cortado a tajo quinientos años atrás. No hemos tenido un Medievo de pacientes monjes que salvaren desde sus escritorios, para una nueva fusión de pueblos y creencias, fragmentos

de lo Antiguo. Aquí se ha dado una puesta en marcha de la cultura de raíz, sin visos de continuidad, siquiera lacerada. Ese puente de la ruta maya es un artificio de la sensibilidad política de hoy o de la curiosidad antropológica de ciertos turistas, no la toma de posesión sosegada de una herencia, desde Machu Pichu o desde Tikal, que sintamos igualmente nuestra.

Es que aquel pasado no conoció la libertad, que probablemente no es posible sin el horizonte expandedor de la escritura. No es, pues, un pasado con el que nos podamos sentir afines, a pesar de la riqueza artesanal que lo distinguiera.

América salta a la conciencia europea con las Leyes de Indias, pero se hace actriz **americana** y no mera espectadora de Europa durante la Ilustración que le sirvió de trampolín espiritual para su independencia, al Norte y al Sur.

Fue el ideal de la razón autónoma, el de la libertad individual, también el de la "mano invisible" del mercado, lo que pareció abrirse paso más fácilmente entre fronteras siempre en expansión a este lado del Atlántico.

"El Viejo Mundo enseñó mucho al Nuevo Mundo" -nos recuerda Michael Novak - "pero el Nuevo Mundo enseñó al Viejo Mundo la libertad".

"Amerika, du hast es besser", le cantó Goethe : "...mejor que en nuestro continente, el viejo, no tienes castillos en ruinas... ni te disturban al interior ... el recuerdo inútil ni la estéril pelea."

Ojalá, aunque no siempre haya sido así.

Pero, al menos, de lo que es, siempre nos es dable remontarnos a lo que debe ser, aunque el impulso libertador de Bolívar parezca haberse agotado en el estatismo de Carlos Andrés Pérez o el ánimo generoso de un Benito Juárez, en el mezquino de un López Portillo, o la visión cosmopolita de un Juan Bautista Alberdi, en la del nacionalismo de un Perón, o el magnánimo de un Martí en el despotismo egoísta de un Fidel Castro.

El siglo XX no nos ha sido tan propicio.

Y, sin embargo, lo ancho del suelo y lo novedoso del mestizaje alientan, como quizá en ningún otro rincón del planeta, el espíritu pionero de antaño canalizado hoy hacia la libre empresa.

No es óbice que durante medio siglo nos hayamos perdido por los vericuetos del fracaso. América aún es espacio abierto y mezcla dinámica.

Quizás nuestra principal carencia nos quede en la excesiva sensibilidad que lamentó Ortega y que nos hace tímidos para exigirnos mutuamente responder de las consecuencias de nuestros actos. Somos demasiados fáciles para excusar y proteger. Por ahí se nos cuelan tantos vicios públicos y privados, que acaban a largo plazo por minar la reciedumbre del ánimo competitivo y el culto a la excelencia del individuo. La igualdad se ha buscado entre nosotros por demasiado tiempo tirando hacia abajo, hacia el mínimo común denominador, no empujando hacia arriba, hacia lo máximo que libremente podamos lograr.

Nos urge retomar la ruta anunciada en nuestro orígenes. Que la lírica nuestra haya enriquecido la literatura universal el pasado siglo y nuestra novelística el presente, no es atenuante para nuestra demasiado evidente ausencia del rigor científico y tecnológico que han evidenciado nuestros vecinos del Norte.

Cada generación ha de enfrentarse a los desafíos viejos de las anteriores, pero sin perder de vista la vocación inicial de su cultura ni quedarse indiferente ante una nueva oportunidad en su destino.

Nuestro llamado es a la libertad; nuestro nombre continúa siendo el de un Mundo Nuevo.

Armando de la Torre
Universidad Francisco Marroquín

"El desafío de la miseria es de tal magnitud, que para superarlo hay que recurrir a fondo al dinamismo y a la creatividad de la empresa privada, a toda su potencial eficacia, a su capacidad de asignación eficiente de los recursos y a la plenitud de sus energías renovadoras."

S.S. Juan Pablo II (1987)

LA PAJA DE AGUA Y EL DERECHO

Los recursos hídricos -el agua- los encontramos en sus formas más frecuentes en los ríos, lagos, acuíferos y océanos. Típicamente cubren grandes extensiones, fluyen de un lugar a otro, y tienen características tales que resulta difícil concebirlos como un bien del cual nos podemos adueñar. Como el aire, **se piensa que el agua es no apropiable, y se concluye por lo tanto que es de "todos". Con esa idea de por medio, hablar de derechos de propiedad relativos al agua resulta difícil.**

Los problemas relacionados con el agua como un recurso aparecen concentrados en las discusiones sobre su calidad para aprovechamiento, o su cantidad o disponibilidad como un satisfactor. La calidad del agua es afectada por desechos municipales, industriales, erosión, y escorrentía con insecticidas y otros tóxicos. Estos, a su vez, afectan el aprovechamiento del agua para consumo, riego, recreo o como habitat de vida silvestre. La cantidad de agua disponible se ve afectada por sequías, cambios de clima, desvíos, deforestación, o el simple aumento de demandas de uso.

Todos los cuerpos de agua, no obstante, tienen otros usos que se traslapan con los anteriores. Entre ellos están su potencial hidroeléctrico, minero, de pesca comercial, y como vía de transporte, entre otros.

Conforme la relación del recurso disponible con las demandas de la población se ve presionada, en calidad o en cantidad, resulta evidente que muchos de esos usos son incompatibles. Esto vale no solamente en relación a los usuarios entre sí, sino entre todos los usuarios y el cuerpo de agua como un ecosistema que puede hasta ponerse en peligro de destrucción.

¿Cómo resolver esos conflictos? La lección del ecólogo Garret Hardin[1] es que si persiste el sistema comunal de administración del recurso como marco para las decisiones individuales, el desastre ecológico llevará la ruina para todos. Con aparente indiferencia plantea dos opciones: la administración del recurso por un ente que pretende resolver los conflictos entre usos incompatibles, y un sistema de derechos de propiedad.

Estos tres sistemas (comunal, coactivo y de derecho) los he tratado antes, y repito solamente la conclusión[2]. **El comunal carece de reguladores de las acciones individuales y conduce al abuso. El coactivo o estatal tiene costos innecesarios y carece de información e incentivos suficientes para conducir al acierto. El de derecho es no solamente compatible con la naturaleza moral del hombre, sino que ofrece las mejores posibilidades de cumplir con los objetivos de protección efectiva al medio ambiente y del desarrollo económico.**

Hardin, y muchos otros que creen que el derecho nace en la legislación, no han podido ver que **el carácter evolutivo del derecho de propiedad sí puede resolver los conflictos entre usos y demandas incompatibles entre sí respecto a los recursos hídricos. Si se acepta que un sistema de derechos existe como un medio útil y eficaz para resolver tales tipos de conflictos, en general y para casos distintos del agua, lo que queda por demostrar es que pueden emerger derechos de agua. Es decir, que el agua es un bien apropiable, objeto del derecho privado y de transacciones entre personas. El agua, en la forma de derechos, es un bien económico cuya racional y óptima asignación como recurso sucede en el proceso económico y no en el proceso político.**

Los derechos de propiedad son un elemento fundamental de las transacciones. Las leyes, como confirmadoras y reguladoras de derecho, son una parte del **"meta-mercado"**, es decir, el marco dentro del que funciona el mercado. Para poder comprar o vender, la gente debe controlar (poseer-dominar) lo que da a cambio de lo que compra o vende, con exclusión de la voluntad de otros.

La idea de establecer un sistema de derechos de propiedad sobre los recursos naturales, como el aire o el agua, nos resulta difícil de aceptar. Nos parecen bienes que no tienen cabida en los procesos de mercado. Se llega a sostener que son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. En los hechos, no obstante, los derechos de agua, o derechos sobre las aguas, han surgido espontáneamente desde hace milenios. El proceso de apropiación, dominio, usucapión, titulación y comercialización ha venido evolucionando conforme la necesidad de internalizar los costos impuestos a terceros (externalidades negativas) va surgiendo para evitar conflictos.[3]

El principio de **"primero en tiempo, primero en derecho"**, aplicado a los usos pacíficos del agua, inicia un proceso de reconocimiento de los cuerpos hídricos como un "manojo" o "atado" de múltiples derechos. Para que sea el

1 Hardin, Garret: **La Tragedia de lo Comunal.** Tópicos de Actualidad No. 736. CEES. Guatemala, Oct. 1991 Original publicado en la revista Science, No. 162, de diciembre de 1968.
2 Bendfeldt, Juan F.: **Economía y Medio Ambiente.** CEES, Guatemala 1992. 3a. Ed.
3 Garcia, Valeriano: **El ABC y la Z de la Economía.** Ediciones El Cronista Comercial, Buenos Aires, Argentina, 1988. Cap. XIII "La ecología y los derechos de propiedad". (Págs. 237 y 243)

proceso del mercado el mecanismo que asigna los usos más racionales y benéficos para el interés social, es necesario que tales derechos prevalezcan sobre las decisiones irracionales y anti-económicas de los funcionarios públicos.[4]

Es cierto que el agua en sus formas naturales no se puede poseer, literalmente hablando, en los casos más frecuentes. Lo que se puede poseer es el derecho sobre las aguas, o derecho de aguas. Es decir, la facultad para decidir sobre el destino de tales bienes excluyendo la voluntad de otros. Cuales planes o destinos prevalecen o se combinan, en el interés social, es cuestión de precios y transacciones libres.

La definición del derecho sobre el agua, en la forma específica que se adopte (de pesca, de aprovechamiento hidroeléctrico, etc.) puede depender de condiciones económicas, de procesos políticos, o de la tecnología disponible en un momento dado. Las leyes, por ejemplo, pueden dar prioridad a unos usos sobre otros, imponiendo criterios políticos sobre los económicos. Hasta que la tecnología y el avance científico nos muestra el límite de aprovechamiento de un acuífero, por ejemplo, los derechos de extracción permanecen sin límite en la cantidad a bombear.

Para comprender mejor la institución del derecho de propiedad como un sistema, es necesario examinar tres aspectos relacionados con su funcionamiento. Estos son: a) La definición del derecho y su certeza jurídica, b) Su seguridad y protección en los negocios y actos jurídicos, así como en los juzgados, y c) Que sean plenamente transferibles.[5]

Cuando estos tres elementos están efectivamente presentes, el sistema de derecho ha cumplido su función previa a la eficaz asignación del mercado.

El mercado funciona mejor porque:

a) Cuando los derechos de propiedad están bien definidos, las personas tienen una idea más clara de las acciones que pueden tomar respecto de sus recursos. Es decir, se definen los límites de lo que pueden hacer o no hacer con su derecho de agua. Por ejemplo, los municipios tienen el derecho de usar los ríos como drenaje y como fuente de agua; como no están definidos los límites de saneamiento mínimo del afluente, ni los derechos a un nivel de potabilidad o limpieza, no es posible aclarar los conflictos que se dan entre estos usos incompatibles. Una mejor definición de cada derecho establece al mismo tiempo el derecho en sí, sus límites y restricciones, y las penas o sanciones por infringirlos. Adicionalmente, la definición del derecho internaliza las externalidades negativas (costos impuestos a terceros) en la forma de concentrar los beneficios del buen uso y los costos del mal uso. Esta mejor definición reduce la ignorancia y falta de certeza sobre los derechos de otros que co-existen en el sistema, y promueve la búsqueda individual de las mejores oportunidades para el aprovechamiento del recurso.

b) El que los derechos puedan ser defendidos y protegidos, tanto en los negocios entre particulares como ante la autoridad pública, reduce los riesgos o costos de perder lo invertido en el buen uso y protección del recurso. Cuando existe inseguridad jurídica, y falta de certeza en los planes que se proyectan al futuro, se impide la formación de expectativas racionales de largo plazo. Esto induce a un aprovechamiento más intenso de lo necesario. Si el derecho no llega más allá de un permiso o licencia de uso concedido por la autoridad pública por un período de tiempo, el sujeto de derecho maximizará el uso del bien durante ese período, sin preocuparse por las consecuencias que puedan sus actos tener para el siguiente usuario. En la medida que existe seguridad jurídica, el horizonte de tiempo a través del que se planifica el futuro se extiende más. Las ideas de la conservación, preservación, renovación y mejoramiento solamente tienen sentido si el futuro está asegurado.[6]

c) El que los derechos sean plenamente transferibles, vendibles, negociales, cedibles, pignorables, comerciables y hasta heredables no debe parecer extraño a nadie si lo que estamos discutiendo es el funcionamiento más eficaz del mercado. Esta facultad permite al dueño maximizar siempre sus oportunidades de cambiar su derecho por otro bien. Si se supone que ya había hecho el mejor uso posible de su bien, la reasignación traerá un aprovechamiento más valioso. Esto permite siempre el mejor aprovechamiento del recurso y la disminución del costo de oportunidad. El valor de cualquier bien en el mercado es su potencial intercambio por otros bienes. La mayor transferibilidad del derecho de agua le da "liquidez" como un bien comerciable, y conduce a su mayor valor.[7] El agua, objeto del derecho, será conducida a usos de mayor beneficio.

Por la naturaleza del bien en cuestión, la transferencia

4 Bendfeldt, Juan F.: **El Riesgo Ecológico**. Tópicos de Actualidad. No. 757, CEES, Guatemala, 1992.
5 Kwong, Jo Ann: **Market Environmentalism. Lessons From Hong Kong**. The Chinese University, Hong Kong, 1990. (Págs. 36-37)
6 Ibídem, nota 4.
7 Menger, Carl: **El Origen del Dinero (Teoría de la liquidez de los bienes)**. Libertas. No.2, ESEADE, Buenos Aires, Argentina. Mayo de 1985. Original de 1892.

plena, físicamente hablando, no puede suceder en todos los casos. Los derechos de agua pueden separarse del de la tierra, pero el agua del río sigue en el cauce. El agua puede embotellarse y venderse, pero el derecho a embotellar agua es una ficción jurídica no un bien real. **Una forma de reforzar los tres aspectos antes tratados es crear un ins-trumento simbólico del derecho, el que físicamente se convierte en el objeto de la transacción. De ahí la creación de títulos o certificados de propiedad, eventualmente reconocidos por la ley, y hasta registrados o autorizados por la autoridad pública como mejor garantía y seguridad.**

Un ejemplo de tales instrumentos es el título de derechos de agua conocido en nuestro medio como **PAJA DE AGUA**.

Tras evolucionar en la dirección señalada por más de cuatro siglos, la paja de agua fue destruida como un concepto de derecho por una reciente disposición administrativa de la Empresa Municipal de Agua.[8] A partir de agosto de 1992, ya no se requiere ser dueño de títulos de agua para gozar del servicio, y quienes los tienen, pagan lo mismo por el consumo que quienes no los tienen. Esto no habría pasado si la historia de este título de derechos de agua fuera conocida.

Por acuerdo gubernativo del 25 de julio de 1931, se estableció que una paja de agua equivale a dos mil litros de agua en 24 horas.[9] Esa disposición fue aprobada para normar el reglamento de la Cía. del Agua del Mariscal, S.A., publicado en 1932, que dice en su artículo 3o.: "**El propietario de una paja de agua del Mariscal, tiene derecho a que se le suministren dos metros cúbicos de agua por cada 24 horas, y es dueño a perpetuidad, del agua correspondiente tomada de las fuentes del río Mariscal".**[10] Posteriormente, esa definición se generalizó y las municipalidades de la República, así como las compañías de agua, han emitido títulos de pajas de agua, usualmente referidas a un caudal identificado. Así es como hay pajas de agua del Cambrai, del Teocinte, etc. Por razones que desconozco, la Municipalidad de Guatemala descontinuó esa práctica y ha venido emitiendo títulos de agua sin identificar la fuente.

No obstante la claridad de la definición del título de agua aparecido legalmente en 1931, el acuerdo no hizo sino solamente definir, en términos de unidades de medida modernas, un instrumento de derecho que tenía más de cuatro siglos.

El Libro Viejo de la Fundación de Guatemala, las actas del cabildo de Santiago de 1524-1530, tienen las primeras referencias al reparto de solares y de derechos de agua.[11] El acta del 18 de abril de 1528 dejó en asiento que, con la presencia del Capitán General y Gobernador Don Jorge de Alvarado, se llevó a cabo una remedición y redistribución de solares, pues "muchos vecinos tienen tomada mucha tierra, más de la que han de tener, y otros no tienen ninguna". La remedición se hizo creando lotes con frentes de 600 pasos frente al río en ambos lados, y 1,400 en largo hasta la sierra, para que "**cada uno alcance monte y sierra y río**". El acta del 4 de junio de 1529 registra la entrega a don Pedro de Alvarado del derecho de explotación de una caída de agua que se encontraba en la tierra de Juan Ginovés, "**para hacer un molino de trigo en el dicho salto e herido de agua...** con cargo que en término de dos comience a labrar el dicho molino, e si no que lo proveerán a quién lo haga".[12]

---

8 "Reglamento del Servicio Público de Agua a cargo de la Empresa Municipal de Agua de la Ciudad de Guatemala (EMPAGUA)", aprobado el 26 de agosto de 1992. Mediante un poco ingenioso juego de palabras se destruyó el concepto del derecho de agua titulado. En el reglamento de 1981, el Art. 2.14 leía: "Paja de Agua: Derecho amparado por el título respectivo, equivalente a sesenta metro cúbicos (60 M3) de agua por mes". De conformidad con la definición de 1931, el derecho es al caudal original del agua, puesto en el domicilio del usuario, a perpetuidad. En el nuevo se leen conceptos muy distintos. Por ejemplo, el Art. 2.7 dice: "DERECHO DE SERVICIO DE AGUA POTABLE A UN INMUEBLE: Es el que corresponde al usuario a que se le preste el servicio de suministro de agua potable en un inmueble específico, sin necesidad de ser propietario de un título, mediante la suscripción del respectivo contrato y pago de la tasa correspondiente". La definición nueva de una paja de agua está en el Art. 2.16: "PAJA DE AGUA: Volumen de servicio equivalente a sesenta metros cúbicos de agua por mes". La definición nueva de un título de agua está dada en el Art. 2.29 que lee: "TITULO: Documento nominativo que acredita a su propietario, el derecho al servicio de agua potable a un inmueble". Si se concluye que estas disposiciones tendrían el efecto de destruir, sin el debido proceso y sin compensación alguna, el derecho de propiedad anterior sobre las aguas y las obras, se estaría dando una confiscación por más de Q.280 millones del valor de los bienes inmuebles de los vecinos de la capital.

9 A solicitud del Lic. Federico Carbonell R., el Gral. Jorge Ubico emitió el acuerdo de gobierno aludido.

10 "Reglamento de la Compañía del Agua del Mariscal. S.A.; y Acuerdo de aprobación", emitido el 22 de septiembre de 1932.

11 ---, ---: **Libro Viejo de la Fundación de Guatemala, Año 1524.** Ed. y paleografía del P. Carmelo Sáenz de Santa María, S.J. Academia de Geografía e Historia de Guatemala, 1991 (Pág.55).

12 Ibídem.(Pág.94).

"El Derecho de propiedad privada tiene validez en todo tiempo, en tanto se funda en la naturaleza misma de las cosas".

S.S. Juan XXIII (1961)

Otros documentos coloniales señalan que en 1573 la Audiencia de Guatemala concedió, provisionalmente, al Ayuntamiento de la Ciudad de Santiago la posesión del agua que abastecía las fuentes, cosa que fue confirmada con **título de propiedad de las aguas en 1580, a perpetuidad.** El Ayuntamiento, a su vez, **vendía el derecho de agua** ya en 1618 a $ 4.00 (Pesos) el Real, y la paja de agua a medio Peso. Según lo anterior, cada Real de agua constaba de ocho pajas. A principios del siglo XVIII el precio del agua se había duplicado.[13]

El ejemplo más claro de como operaban los derechos de agua y como la unidad de "pajas" se había convertido en un valor negociable ya en tiempos coloniales, es la introducción del caudal llamado Pamputique a la Ciudad de Santiago. Este fue **un esfuerzo empresarial particular de Don Martín Loyciaga (Loyzaga) para el beneficio de toda la ciudad.** Don Ernesto Chinchilla Aguilar lo comenta al reproducir la relación que el Escribano del Cabildo hizo en las actas, el 28 de septiembre de 1643.

"El 10 de junio de 1643, el Ayuntamiento aceptó la propuesta de Martín Loyzaga sobre que se le diera a él solo el derecho de abasto de carne de la ciudad, **a cambio de introducir el agua de Pamputic, hasta la pila de la Plaza Mayor.** Y tres años más tarde, el Ayuntamiento acordó que dicha agua de Pamputic fuera llevada al Barrio de San Sebastián".[14] El empresario obtuvo el privilegio monopólico de vender la carne a la ciudad por cuatro años, a un precio que resultó bajo, y además el costo de las obras excedió lo estimado inicialmente. Esto lo movió a enderezar un petitorio al Cabildo para renegociar el acuerdo de introducción del agua, y así poder concluir los trabajos.

Leyendo la petición del empresario y la resolución respectiva del Cabildo se aclaran varias cosas.[15] Loyzaga **tuvo que negociar los derechos de agua originales con el pueblo de Xocotenango quienes se consideraban dueños del "agua del Rajón"** (¿un riachuelo?). A cambio (en pago por la compra de derechos) "... y por obviar pleytos a V.S., y que la dicha obra no tuviera dilación, les facilité su contradicción ofreciéndoles, como les ofrecí, conducirles por encañado a la Plaza de dicho pueblo de Xocotenango la que V.S. fuese servido de darles, y hacerles pila, todo a mi costa...". **Es decir, el empresario compró el total del caudal aprovechable en su estado natural y los derechos de explotación; y, el pago lo hizo con las obras de introducción de agua al pueblo y una pila, y una parte del caudal ya conducido.**

En el expediente explica que el acueducto ha resultado una obra "de Romanos" por sus complicaciones como por su costo excesivo. Pide, en compensación "... y porque con evidencia se ve que he hecho y estoy haciendo más de lo que estaba obligado, **a costa de mi hacienda...", que se le permita retener como suyo una cuarta parte del caudal que conduciere. Además, solicita "... me haga merced y favor de concederme y darme permiso para que pueda vender la dicha quarta parte de agua que me cupiere y tocare, antes que V.S. mande vender la que le toca, para que con esa merced pueda aliviar algo de los muchos gastos que en dicha obra he hecho...".**

Con gran sabiduría, el Cabildo resolvió favorablemente así: "Que atento a que lo que se refiere es cierto, y que el beneficio que esta cibdad recibe en haber conducido el agua de Pamputique a ella es muy grande, por mirar a la perpetuydad de que necesitaba esta república, así en razón de la cantidad de dicha agua, como por la calidad de ella, y ser notorios los gastos grandes que en ello ha tenido y ha de tener hasta concluirlo, con efecto que le han conducido a la necesidad que representa; y así, atendiendo a esto, como al beneficio que ha hecho al común de esta república en dar el abasto de carne de vaca a 10 libras a el real, por cuatro años en tiempo, de que se le debe todo agradecimiento: Gracia: esta cibdad y Cabildo le concede la gracia que pide...". **Se le autorizó a que vendiera pajas de agua "libremente... para que más bien pueda acabar dicha obra...".**

Las pajas de agua también tienen historia de incomprensión y abuso por parte de los políticos. Por no reconocer lo que son, hay quienes han ostentado el poder y han hecho el derecho y la justicia de lado para satisfacer sus finalidades políticas de corto plazo relacionadas con algún derecho de agua... Una de esas historias cayó en mi morral de pesca enredada con la historia de un cura ejemplar. La historia es de cómo el Lic. Don Ricardo Casanova y Estrada pasó de Síndico Municipal a cura y de ahí a Arzobispo de toda América Central. Fue el R.P. Francisco Ballesteros SDB, quien me la contó, y yo solamente la repito como anécdota.[16]

---

13 Lujan Muñoz, Luis: **Fuentes de Antigua Guatemala.** Consejo Nacional para la Protección de la Antigua Guatemala, Ed. José Pineda Ibarra, Guatemala, 1977. (Pág.14).

14 Chinchilla Aguilar, Ernesto: "Ramo de aguas de la Ciudad de Guatemala en la época colonial", en Antropología e Historia de Guatemala, Vol. V. No.2, Publicaciones del IDAEH. Ministerio de Educación Pública. Guatemala, junio de 1953. (Pág20).

15 Ibidem, Págs. 21-23.

16 Ballesteros González, Francisco: **Actividad Pastoral del Licenciado Ricardo Casanova y Estrada, último Arzobispo de Centroamérica.** Tesis de Licenciatura en Teología. Facultad de Teología de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, marzo de 1990. (Págs.28-31). EL R.P. Ballesteros cita como fuente, entre otros, a Antonio Batres Jaúregui y a Manuel Valladares Rubio.

El joven Lic. Ricardo Casanova y Estrada era Síndico Municipal de la Ciudad de Guatemala en tiempos de la dictadura del General Justo Rufino Barrios (1873-85). El gobierno había confiscado los bienes de la Iglesia Católica y de todas sus órdenes monásticas y agrupaciones religiosas. Los bienes que el gobierno no retuvo para su uso los vendía, por supuesto, a precios baratísimos, pues solamente los partidarios del régimen los compraban ya que la mayoría de la población respetaba a la institución eclesiástica y reconocía sus derechos de propiedad.

De acuerdo con una versión de la historia, uno de esos bienes era la Escuela de Cristo, cuyo inmueble gozaba de diez pajas de agua. El nuevo "comprador" era Don Francisco Lainfiesta, muy cercano al tirano. De acuerdo con otra versión, talvez más cerca de la verdad, el inmueble era la Casa de la Comunidad del Oratorio de San Felipe de Neri, y el comprador el Dr. Eligio Baca. El asunto de fondo es que el **nuevo dueño del inmueble se presentó, en 1874, al Síndico municipal requiriendo la inscripción a su nombre de los derechos de agua del inmueble. El dictamen del joven abogado de 31 años fue favorable, pero condicionando la emisión del título del agua con la nota: " A no ser que vuelvan los religiosos alguna vez a entrar en posesión del predio, en el cual caso a ellos debe devolvérseles el usufructo de dicha paja de agua".**

Por esta cláusula que buscaba preservar el derecho de propiedad de los verdaderos dueños, el Síndico fue denunciado al tirano, quien irritándose lo mandó conducir a prisión, lo insultó y abofeteó. Para colmo de burla, mandó a sus esbirros que le pusieran sotana y bonete o sombrero de teja (hábito religioso), y custodiado por soldados, hizo que fuera exhibido por las calles de la ciudad; finalmente, fue tenido prisionero por ocho días en una celda del convento cuya propiedad había protegido.

El acto del tirano cayó mal entre el público, y en lugar de doblegar al joven jurisconsulto resultó lo opuesto. El Lic. Casanova se retiró del Foro, renunció a sus cargos públicos y se hizo sacerdote. Años después llegaría a ocupar el más alto cargo eclesiástico de la región, siendo el último Arzobispo de toda Centro América. **Y todo por preservar el derecho de propiedad de una paja de agua.** En verdad, extraños son los caminos del Señor.

La evolución de esta incomprendida institución de derecho tiene una raíz curiosa. Conocerla explica la razón para "legislar" la paja de agua hasta en 1931. Es una verdadera prueba de la existencia del derecho consuetudinario que nace en la costumbre, y que la legislación reconoce, pero no origina.

Las obras de abastecimiento de agua a los poblados en la Edad Media y el Renacimiento no habían cambiado mucho desde el tiempo de los acueductos romanos.[17] En los ríos o manantiales se hacían presas o diques, que acopiaban el agua tomando una parte del caudal para el aprovechamiento de los poblados. La boca-toma la desviaba a los acueductos y éstos la conducían hasta las alcantarillas, aljibes o depósitos. Todo el sistema funcionaba por gravedad, a bajas presiones. De los depósitos, usualmente ubicados en lugares elevados, se conducía el agua por encañados, o cañas perforadas (caños), o por tuberías de barro cocido o de plomo, o por canales abiertos o tejas que hacían las veces de medio tubo. Las tuberías (cañerías o venas) o ramales principales abastecían las fuentes públicas o privadas, y **no había llaves de control, sino chorros de flujo continuo.** El agua del río simplemente seguía corriendo pero en lugares, ductos y cauces privados.

Cuando las fuentes o datas domiciliares fueron aumentando, se hizo necesario establecer una forma de contribuir a las inversiones de las obras, y al costeo del servicio. La unidad de medida que se estableció fue la de la PAJA DE AGUA.

Esta medida surgió de la práctica del fontanero. Al conectar las tuberías que conducían de la red pública principal a los ramales domiciliares, se creó un nudo llamado flauta. **El nombre viene de la forma en que el tubo principal de arcilla se perforaba con muchos hoyos cuando estaba aún fresco, insertando tallos de paja en la arcilla. A baja presión, más o menos uniforme en todo el sistema, el caudal de agua que fluía a cada fuente privada, por cada uno de los hoyos de la flauta, era similar.** De esa forma se conducía el agua a los domicilios de sus dueños, de forma continua, desperdiciándose el agua no utilizada, que regresaba al río en el drenaje.

La actual escasez de agua, y su más alto costo, nos hace considerar este sistema como poco económico hoy día. Explica también la función práctica de los búcaros, fuentes y pilas de nuestra arquitectura doméstica colonial, pues no era meramente decorativa.

En 1931 alguien debe haber medido el flujo aproximado que esta perforación daba a presiones del orden 2-4 psi, y convertido esta unidad a un volumen. En ese momento se normalizó o estandarizó la medida con unidades modernas, pero no fue ahí donde nació la paja de agua.

17 Sandstrom, Gosta: **Man The Builder**. McGraw-Hill, Nueva York, 1970 (280 Págs.).

Este sistema también cae víctima de "La Tragedia de lo Comunal" de Hardin. **Conforme ya no alcanza el agua, a todo el mundo se le pide conservarla, pero el sistema no se presta para ello.** Si la unidad de medida y de pago es igual para todos, ¿por qué habría uno de tapar el agujero y abstenerse de consumir su medida de agua? Si la van a cobrar igual, mejor que rieguc las flores. De una u otra forma se pagará lo mismo.

Casi seguramente que resolver este problema es la motivación tras los cambios de reglamento de Empagua. Mas, eso no justifica el atropello, usurpación de bienes y daños y perjuicios a la propiedad particular. Menos aún la destrucción de una figura jurídica, plenamente vigente en el derecho consuetudinario y validada por siglos en todo tipo de actos y negocios jurídicos relacionados con la propiedad inmueble.

Habría sido mejor comprender la naturaleza del instrumento jurídico y promover su evolución un punto más, recurriendo a una mejor definición del derecho, a afianzar su seguridad, y a promover su más fluida transferencia mercantil.

Esto se puede hacer entendiendo el origen del precio de la paja de agua y comprendiendo **su función como una forma de financiamiento de las obras.** Los mismos libros históricos registran las contrataciones de las obras de introducción de aguas a los poblados. Los Ayuntamientos las contrataban con alarifes y fontaneros, haciendo presupuestos y contratos.

En el río o en el manantial, el agua en sí no tiene costo, pues está ahí, libre en la naturaleza (por lo menos en tanto haya abundancia y sea un bien libre). Lo que ocurre es que no está en donde más la deseamos. Para llevarla a donde la queremos debe hacerse una inversión y un esfuerzo.

La estructura de derechos iniciales simplemente establece que todos (cada uno) tienen derecho a tomar el agua del río o de la fuente. Todos (cada uno), parafraseando a Locke,[18] también tienen el derecho de asociarse entre sí para la mejor satisfacción de sus otros derechos. Así como pueden formar lo que llamó "la sociedad civil", hoy convertida en el gobierno o el Estado, también pueden formar el municipio o una empresa de aguas.

Ronald H. Coase, en su seminal ensayo de 1937 "La Naturaleza de la Empresa",[19] nos dice que **la forma que cobre la organización social en un momento dado se debe al criterio más eficiente para reducir los costos de transacción entre las partes.** En un momento dado, el juntamiento de la gente en un ente llamado el Ayuntamiento debió ser tal tipo de empresa colectiva.

Los representantes de la comunidad tomaban, en nombre de todos y con el derecho de cada uno, el agua del manantial. Todos contribuían al costo de la obra de transporte y distribución, y la cuota se calculaba dividiendo el costo total de la obra entre las pajas producidas, manteniendo la comuna una reserva de caudal para el abastecimiento de las fuentes públicas de parques y lavaderos. **El costo de la inversión era cubierto por los vecinos, quienes ponían de su patrimonio para la creación de un bien comunal, cuya administración recaía en la comuna.** Para limpiar el agua en la toma, mantener los acueductos y alcantarillas, flautas y tubería, así como para hacer nuevas líneas, la comuna mantenía un servicio de fontanero. Los costos de sus servicios y de los materiales que necesitara para la operación, se cubrían con una cuota a los vecinos distribuida también en forma proporcional a las pajas de agua.

Ese es el "canon" de agua, que cubre los costos operativos, mas no los del capital de inversión. Canon significa no solamente 'ley' en latín; en el español antiguo era el caño, o la caña, como aún es en portugués y catalán, y el tubo o cañón en francés. Es claro pues, que el canon es la cuota que se paga por el servicio de agua que pasa por el caño, y no una "ley" o norma que ha adoptado la autoridad municipal.

Desde entonces el precio de la paja de agua cubre el valor de la inversión del sistema para dotar de agua a los usuarios, y éstos pagan un canon mensual por el servicio de mantenimiento.

Las municipalidades nunca necesitaron endeudarse para financiar sus proyectos de agua. Podían vender pajas de agua anticipadamente. Si se endeudaban, pagaban las deudas con la entrega de los títulos de agua a la entidad financiera que a su vez los vendía al público. **Aún no se ha reparado en las consecuencias que la destrucción de este instrumento conlleva para las propias finanzas del municipio.**

Si se comprenden estas funciones, lo que corresponde a la comuna es la obligación de administrar el sistema de agua. La comuna no es en realidad la dueña, pues el derecho de propiedad de los caudales apropiados del río, así como el de las mejoras, los ha vendido a los

18 Locke, John: **Concerning Civil Government, Second Essay.** En el Vol. 53, Colección GREAT BOOKS, Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952 (Pág 53). El original es de 1690.

19 Coase, Ronald H.: "The nature of the firm", en **The Firm, The Market And The Law.** University of Chicago Press. Chicago, 1988. (Págs. 33-55). Original publicado en Economica No. 4, 1937.

dueños de las pajas de agua.

Si se mira hacia adelante, y se busca una mejor definición del derecho de propiedad de las aguas como una solución, tanto al problema motivacional de la Tragedia de lo Comunal provocado por las tarifas sin criterio de consumo, como al problema de la mala administración de la comuna, aparece otra solución.

Observando la función de capital de inversión de la paja de agua, resulta que el título de una paja de agua ampara no sólo el derecho de agua, sino el valor invertido en las obras de captación, conducción, purificación y distribución. Por lo tanto, el título de paja de agua cubre el valor íntegro de los activos involucrados en el sistema de agua, dividido entre las pajas de agua del sistema. Es, por lo tanto, idéntico en su función como un título-valor a una acción de una sociedad mercantil cuyo capital está expresado en títulos.

Un título de una paja de agua resulta ser una forma arcaica o precursora de un título de acciones de una sociedad mercantil.

Si el problema es que la organización comunal ya no es la forma más eficiente para la administración del sistema, cosa que de hecho queda reconocida por las propias autoridades que han comenzado a explorar la vía de la privatización de Empagua, toda o por partes del servicio, lo que hay que hacer es convertir los títulos de pajas de agua en títulos de acciones representativas del capital de una nueva empresa de agua.

Cuando se hable de la privatización de Empagua, el asunto a tratar es cómo devolver el control y la administración a los dueños de los activos, y sacar a los administradores actuales. La comuna no es dueña de nada más que de la parte que representen los títulos de agua en reserva, de agua que realmente exista. No se trata de vender Empagua, pues no hay nada o muy poco que vender. **Los activos que administra Empagua ya tienen dueño que son los dueños de los títulos de pajas de agua.**

La disposición de EMPAGUA, a pesar de su importancia y negativo impacto en el sistema tradicional de derechos de agua, es poco significativa cuando se le compara con la legislación ambientalista que se promueve para extender el dominio público sobre las aguas.

Con el patrocinio de CEPAL se está impulsando una Ley General de Aguas que busca llevarnos en el camino opuesto a la extensión de derechos de agua y de su asignación como un recurso por medio del mercado.

La reciente propuesta de una nueva Ley de Agua tiene la concepción ideológica de que una autoridad central puede hacerlo todo mejor que el sistema de derechos y transacciones libres que es el mercado. En relación a los derechos existentes, aunque está bastante disfrazado en el proyecto, pero no así en las exposiciones que sus autores intelectuales han hecho desde antes, claramente está establecido que:

"La nueva legislación debe definir el régimen de dominio de las aguas privadas de los particulares, sea incorporándolas a su patrimonio (del Estado), vía expropiación, o bien regulando limitaciones para su disposición, aprovechamiento y conservación". "Nuestra legislación contempla la expropiación en el Art. 39 de la Constitución Política, su régimen está contenido en el Decreto del Congreso No. 529, Ley de Expropiación, y el procedimiento, para propósitos hídricos es por demás lento, tortuoso e ineficiente. Se recomienda incorporar a la Ley General de Aguas un régimen especial de expropiación de los bienes necesarios para el desarrollo hídrico".[20]

En lugar de destruir lo que sin duda es un sistema poco evolucionado de derecho de agua, tanto por la relativa abundancia del recurso como por las bajas presiones de demanda, así como por la existencia de un sistema de normas formales precarias e inestables en el derecho y la legislación, podemos movernos en la dirección de los tres elementos que conforman un mejor sistema de derechos: a) su mejor definición, b) su seguridad, y c) su transferibilidad.

Un esfuerzo honesto y generoso por reconocer los derechos de aguas existentes, inclusive en el derecho consuetudinario y ancestral; su institucionalización a través de títulos válidos; y la creación de un registro de tales derechos, puede ser un primer paso en la dirección correcta. No es necesaria una Ley General de Aguas sino hasta haber probado las limitaciones del sistema de derechos en el mercado, sistema que no hemos probado.

Juan F. Bendfeldt
Universidad Francisco Marroquín
Guatemala, 23 de marzo de 1993.

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

20 Colom de Morán, Elisa y Manuel Besterrechea. **"Derecho y Legislación del Agua"**, Documento de trabajo elaborado para la Comisión del Medio Ambiente del Congreso de la República. Guatemala, julio de 1992. Patrocinado por el PNUD.

POSICIONES DOCTRINARIAS REFERENTES A LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS

Previo a introducirnos en el presente tema, que es objeto de diversas interpretaciones se debe aceptar, por razones obvias, que sí existe consenso, por lo menos, en cuanto a reconocer las cualidades del agua y su íntima e indisoluble relación con el ser humano. La historia muestra como las grandes civilizaciones se han desarrollado a la orilla o cercanas a mares, ríos, lagos o manantiales. No hay duda alguna, necesitamos el agua para satisfacer nuestras más ingentes necesidades como personas y como miembros de una comunidad. El agua es vital, es indispensable para satisfacer la sed, para el cuidado de higiene y limpieza, para la agricultura y ganadería, y para uso del hombre en su desenvolvimiento como tal, aparte de ser parte integrante del territorio.

El uso y aprovechamiento del agua se percibe a través de múltiples aplicaciones que tiene: para consumo, como medio de navegación y transporte, como forma de fecundizar, mantener pastos y terrenos de cultivo, y como generadora de fuerza y energía eléctrica.

El estudio del agua desde un punto de vista jurídico ha cobrado relevancia en los últimos tiempos. Es en nuestros días, cuando el aumento de la población, la concentración de habitantes en grandes urbes, el espectacular desarrollo de la técnica y de la ciencia y el consecuente avance de la industria ha puesto de manifiesto que el gasto del agua es inmenso. Como dice un estudioso de la materia: "Las fuentes naturales, aprovechadas cada vez más intensamente, han empezado a ser insuficientes. El problema es hoy grave y pronto puede ser dramático". [1]

Su escasez, como bien útil, es ya notoria en muchos lugares del globo, a pesar de que las tres cuartas partes del mismo están cubiertas por masas acuáticas. Aparte de ésto, la confrontación entre dos corrientes ideológicas: que podemos llamar intervencionista y la liberal que, enfrentándose en otros terrenos del actuar humano, encuentran en este tema un campo propicio para hacer valer sus postulados, resaltan su trascendencia. Anteriormente, el agua, su propiedad y legislación, no ofrecían tanto cuestionamiento por cuanto era un elemento abundante, situación que como se ve ha cambiado y se proyecta.

Entre estas dos posiciones se encuentra un amplio abanico de posibilidades y variaciones, pero que indefectiblemente caen en alguna de dichas corrientes.

Así al estudiar el agua, como algo merecedor de elucubraciones legislativas y objeto de regulación jurídica resaltan de inmediato tres cuestiones que resolver:

1. Si es el agua un bien;
2. Si como tal es susceptible de apropiación, y
3. Si es así, a quién corresponde en su caso dicha propiedad.

En cuanto a la primera interrogante cabe decir que: desde un punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación. Esto es distinto de su significado económico ya que en este sentido, bien es todo aquello que pueda ser útil para el hombre. Por tanto, aquellos bienes que no puedan ser objeto de apropiación, aun cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico. Además, en derecho se dice que son objeto de apropiación todos los bienes que no estén excluidos del comercio ya sea por su propia naturaleza, o por disposición expresa de la ley.

El agua es una cosa que desde ambos puntos de vista se puede considerar como bien, mueble o inmueble. Es un bien protegido por la legislación según la ubicación que se le adjudique dentro de la clasificación jurídica.

Es una materia cuya regulación compete tanto al Derecho Civil (clasificación y regulación de aguas de propiedad privada), como el Derecho Internacional (navegación), al Derecho Administrativo (dominio público, uso) y al Penal (infracciones) y tanta ha llegado a ser su importancia que hasta se habla de un Derecho de Aguas, constituido por normas que aun perteneciendo al derecho público y al derecho privado, tienen por objeto regular todo lo concerniente al dominio de las aguas, y su uso y aprovechamiento, así como a las defensas contra las consecuencias dañosas.[2]

Lo importante en relación a la forma de regular las aguas es que la legislación que se promulge sea concisa, flexible y que se eviten los conceptos vagos y ambiguos que luego la tornen inaplicable.

Económicamente, el agua o las aguas, como también se le llama, es un bien. Es un recurso limitado en un mundo de escasez.

Es sumamente necesaria al hombre y cada vez escasea más. Hoy por hoy, nadie niega su utilidad, y el grado de dependencia de uno hacia ella. En los países menos beneficiados con ella, que pueden dividirse en regiones muy áridas, áridas y semi áridas se están presentando ya problemas graves en cuanto a su aprovechamiento, derivados de que muchas fuentes naturales de ella están menguando en forma alarmante. Tanto así que se habla de implementar grandes proyectos de desalinización de los mares, tratando de bajar sus altísimos costos, para satisfacer la demanda de tan vital líquido.

Las aguas, según su ubicación y volumen, pueden ser:

1 **Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales I**, Guillermo A. Borda. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1975. P.421.
2 Alberto Spota, citado por Manuel Laquis en **Derechos Reales**, Tomo IV. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1984. p.392.

A. **Aguas Marítimas:** Son las masas de aguas saladas que rodean los continentes. En su aspecto legal, el mar se divide en adyacente y libre. El adyacente se subdivide en territorial y jurisdiccional, teniendo cada una de esas porciones del mar su régimen jurídico propio. El mar territorial comprende una zona del mar adyacente a las costas de un estado soberano hasta una cierta distancia cuya determinación ha sido objeto de numerosas controversias internacionales debido ya no sólo a razones de seguridad sino debido a las riquezas que contiene. Situación ésta que ilustra una vez más el "valor" del agua. Sobre él ejerce el Estado ribereño dominio y absoluta soberanía. Sobre el mar jurisdiccional, entendido como el situado fuera del mar territorial y adyacente a él se ejerce una cierta jurisdicción. Es lo que se conoce como zona económica exclusiva.

B. **Mares Interiores:** Son aquellos que carecen de comunicación con el mar territorial o el mar libre.

C. **Aguas Pluviales:** Son las que proceden de las lluvias. Se convierten en objeto del derecho cuando caen a tierra. Antes de caer no son "jurídicamente aguas pluviales" sino "nubes", que como objeto del derecho son cosas distintas a las aguas ya caídas. Son aguas pluviales no sólo las que proceden inmediatamente de las lluvias sino también las que proceden meditamente de ellas, en tanto conserven su individualidad y puedan ser determinadas.

D. **Cursos de agua:** Son conjuntos de agua que corren por un lecho determinado. Comprenden dos grandes especies, los cursos de agua naturales y los artificiales. Entre los naturales se pueden incluir: ríos, arroyos y torrentes.

Los cursos artificiales de agua son aquellos cuyo lecho o cauce es obra del hombre, ejemplo: los canales.

E. **Aguas vertientes o manantiales:** Son las que afloran en algún lugar de la corteza terrestre, procediendo del interior de la tierra. Son las aguas que surgen.

F. **Aguas muertas, dormidas o estancadas:** Son acumulaciones de agua que no tienen "curso" aparente, aunque en realidad lo tengan en forma imperceptible, por eso se les llama "muertas" o "dormidas".
Entre ellas figuran los lagos, lagunas, pantanos, charcos, represas y estanques, los primeros de origen natural, los dos últimos, obra del hombre.

G. **Aguas subterráneas:** Son las que se encuentran o corren por debajo de la tierra. Cualquier diferenciación hidrológica o geológica que se haga al respecto es irrelevante desde el punto de vista legal, que parte del hecho que toda agua que no sea "exterior" es subterránea.

El agua freática, las corrientes subterráneas y las corrientes subláveas son legalmente aguas subterráneas.

La diversidad de formas en que puede manifestarse el agua ha motivado discusión acerca de la posibilidad de su apropiación. Las aguas que se recogen en una recipiente no hay duda que pueden ser objeto de propiedad. Pero, en cambio, el agua corriente que se renueva constantemente parece que no ha de serlo. Aunque la mayoría de los tratadistas, estiman que si el agua es distinta y pasajera en cada momento, el caudal o masa que integra un río es perenne y puede ser objeto de propiedad que se da sobre la sucesión de capas de agua que sin cesar se renuevan, lo que hace que esta propiedad tenga un carácter especial.

Así, en relación a la segunda cuestión planteada debe afirmarse que, salvo excepciones -ejemplo el mar "libre"-, se acepta en general hoy que el agua es una cosa, un bien objeto de apropiación. Puede ser mueble o inmueble. El agua es una cosa mueble cuando siendo parte fluida del suelo puede separarse de él y transportarse de un lugar a otro. Es una cosa inmueble cuando constituye parte fluida del suelo que forman su superficie y profundidad -inmueble por naturaleza- o cuando se encuentra realmente inmovilizada perpetuamente por su adhesión física al suelo, es decir, si corre por cauces artificiales como conductos cerrados o abiertos -inmueble por accesión-.

Esta determinación de su naturaleza tiene interés práctico pues redunda en la caracterización de distintos tipos de relaciones jurídicas.

Entramos ahora al análisis del tercer problema: **¿Quién es el propietario del agua?**

En cuanto a esto se dice que dada su enorme importancia, la propiedad de las aguas debe ser objeto de un tratamiento especial.

Creo que esta idea debe considerarse con reservas, ya que es proclive a fomentar una mayor intervención del Estado en materia de propiedad.

Decía al principio, en cuanto a quién corresponde la propiedad de las aguas, que las posiciones varían y se tienden a encaminar en dos sentidos: hacia el individuo o hacia el Estado.

Según las doctrinas imperantes hoy se pueden esbozar, entre otras, las variedades expuestas a continuación.

Las doctrinas intervencionistas, que tienden a colocar bajo la tutela del Estado cada vez mayor cantidad de bienes y recursos, argumentando la magnitud de sus requerimientos, y la necesidad de proteger al "pueblo" del mal uso de los bienes.

A) De acuerdo con la idea de la **Propiedad Pública**, las aguas forman parte de un patrimonio público y pertenecen a todos. Son cosa común. En consecuencia el Estado tiene la obligación de garantizar que se utilizarán en la forma que más convenga a todos y controlará los derechos para usarlas. Esto denota una gran intervención del Estado y garantiza un gran desperdicio de recursos y de agua.

B) Llegamos ahora a la tradicional **división de los bienes**, según el sujeto al que pertenezcan, en bienes de dominio público y bienes de dominio privado. Sea que pertenecen al Estado o a los particulares.

Es de hacer notar que se defiende la existencia del dominio público del Estado como entidad material, diciendo que la vida en sociedad sería imposible sin la presencia de esos bienes que están afectos al cumplimiento de finalidades de interés público.

El régimen jurídico de estos bienes es predominante de derecho público y provoca que la situación de los particulares frente al Estado sea de efectiva subordinación frente a las prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado, establecidas en favor del Estado.

Hay cuatro elementos necesarios de citar, que concurren en determinar su noción conceptual:

a) **Un elemento subjetivo:** los bienes que componen el dominio público no son res nullius, sino que pertenecen a un sujeto, al Estado, razón por la cual nadie se puede apropiar de ellos porque ya tienen dueño.

b) **Un elemento objetivo**, que se refiere a cuáles bienes integran el patrimonio público. El dominio público del Estado se compone de un cúmulo de cosas que pueden estar específicamente determinadas o indeterminadas, aun cuando pueden ser de algún modo determinable. El componente más típico de este dominio son los inmuebles, que comprenden no sólo su superficie sino también el espacio aéreo que los cubre y el subsuelo y, los bienes muebles y hasta objetos inmateriales.

c) Se acepta en la actualidad, prácticamente sin discusión, que los bienes integrantes de este dominio tienen una finalidad común, por eso se habla del **elemento finalista o teleológico.** Son bienes que están destinados al uso público, son de utilidad común.

d) **Un elemento normativo o legal:** Existe también coincidencia respecto de que el dominio público no es necesariamente una creación de la naturaleza. El concepto de dominio público es una noción jurídica, que resulta de la voluntad de legislador, que es quien la determina, al crear y establecer el régimen al cual estará sujeto. Esto explica por qué este régimen no es idéntico en todos los países y legislaciones. Va a ser el régimen legal de cada Estado el que perfila la existencia de una propiedad pública del Estado sobre los bienes que lo componen, sus características, sus limitaciones y su uso.

Es por lo expuesto que se dice que esta propiedad del Estado no es igual a la propiedad de las personas individuales o jurídicas privadas, sino que es una propiedad especial, sometida a limitaciones singulares, que la diferencian y que derivan del interés público que es su fundamento.

De esta forma, al considerar las aguas del dominio público del Estado, se está implicando que están sujetas a un régimen jurídico singular y que su uso y finalidad es satisfacer necesidades de utilidad pública.

La doctrina en general, mantiene esta división de los bienes en dominio público y privado y acepta la existencia de aguas pertenecientes al dominio público del Estado bajo el mismo argumento: que son bienes necesarios para que el ente pueda cumplir con su obligación y llenar las necesidades de la población.

Dispone que del agua que le pertenece se dan aprovechamientos comunes, en general para todos los habitantes del Estado y que este comprende: la utilización de las aguas para beber, lavar ropa y utensilios, navegar, pescar, patinar en zonas congeladas e incluso, extraerlas de su curso natural en recipientes naturales. O sea, implica el uso común que pueden realizar personas por su sola condición de tales, sin más limitaciones que unas de tipo reglamentario concerniente a cantidad (que el agua se extraiga a mano) a la forma (no deteriorar los márgenes), al lugar (el ganado sólo puede abrevar en los lugares indicados), por razón de moralidad (limitaciones sobre el lugar y la forma de bañarse), y por razón del destino de las aguas, cuando exijan que se conserve su estado de pureza.[3]

C) **Aguas de domino público del Estado:** Es pertinente hacer notar que hoy, debido al avorazamiento del Estado, la mayor parte de las aguas pertenecen a su dominio público.

En esta situación están, entre otras, las aguas siguientes:

3 Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español.** Tomo II. Editorial Aranzadi. Pamplona. 1979, p.399.

a) Mar territorial: sobre el cual cada estado ribereño ejerce derecho de dominio y de soberanía.

b) Las aguas pluviales: que caen sobre lugares públicos, es decir en bienes ya integrantes del dominio del Estado, la cual hace que dichas aguas mantengan el carácter de públicas.

c) Mares interiores de un estado también se consideran pertenecientes a esta categoría.

d) Ríos y demás cursos de agua, que corren por cauces navegables (dependiendo esto de su profundidad) y considerando que el lecho de un río no se puede separar del volumen de agua que continuamente discurre sobre él.

e) Cursos artificiales, según su ubicación y cuando las necesidades que satisfagan sean públicas.

f) Vertientes o manantiales cuando afloren en un predio público.

g) Lagos y lagunas en general se aceptan que son de dominio público aunque hay opiniones contrarias.

h) Las aguas subterráneas, que ahora son consideradas más relevantes tanto por las necesidades más ingentes de una población cada vez mayor que pueden satisfacer, como porque ahora los métodos de su extracción del fondo de la tierra son cada vez más sofisticados y técnicos.

Al respecto de ellas creo conveniente resaltar algunas notas peculiares:

Se dice que su protección sólo puede lograrse mediante la intervención del Estado, partiendo de su reconocimiento inicial, del control del ritmo de su extracción, que es una forma de evitar el excesivo descenso del nivel que puede provocar una gran baja de la capa freática y de su ulterior uso y aprovechamiento.[4]

Opino que aunque esta sea una tendencia muy defendida hay que evitar dicha intervención mediante una legislación técnica y desprovista de intereses políticos y de visión a corto plazo.

Cuando el Estado las considera de dominio público, tiene la obligación de garantizar que se utilizarán en la forma que más convenga a todos, ejerciendo un fuerte control administrativo de los derechos de usarla.

Cuando predomina el concepto de propiedad pública se suele restringir grandemente el uso de aguas.

Otra variante de esta idea llega a aceptar que cualquier persona con autorización administrativa puede obtener el derecho de uso de las aguas, aun cuando se encuentren bajo el terreno cuya propiedad sea de terceros, sin pagar indemnización al propietario del predio.

La mayoría sí acepta, sin embargo, que el propietario de la superficie puede extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés (fines domésticos y para animales), sujetándose siempre a la reglamentación.

Es pertinente resaltar que hay legislaciones que no bastando ya con considerar las anteriores de su dominio agregan que éste se extiende a otras aguas que puedan satisfacer usos de interés general.

Si bien todas estas aguas se pueden utilizar casi libremente, como ya lo indiqué, para usos comunes, que constituyen el ejercicio de un derecho natural de individuo, no genera derechos subjetivos.

Pero puede ser que de esas aguas se quiera hacer un uso especial -riego, represas, utilización industrial, energía hidráulica-. Entonces, la situación cambia porque el Estado debe dar en términos generales su "visto bueno", para que la persona se beneficie muy particularmente de la utilización del agua, propiedad del sujeto estatal.

Estos aprovechamientos especiales confieren derechos exclusivos sobre el disfrute de las aguas en ciertas condiciones. Pueden adquirirse:

a) Por medios más bien precarios, como el permiso de uso o la autorización administrativa. Está ubicado entre el uso común y la concesión administrativa, por el que la administración pública otorga a una determinada persona un uso especial de un bien de dominio público.

b) Por concesión de uso: Es otra forma de conferir un uso privativo a un bien público. Por lo común esta destinada a actividades que tienen importancia económica o social.

La concesión de uso otorga al concesionario un derecho subjetivo sobre el bien concedido y es regida por normas de Derecho Público.

Es usual que se otorguen por plazos dilatados porque

4 Naciones Unidas, Centro de Utilización de los Recursos Hidráulicos, **Aprovechamiento en gran escala de las Aguas Subterráneas**. New York, 1960. p.31.

pueden significar erogaciones e inversiones fuertes para el concesionario. A la vez se aceptan que se otorguen a veces a perpetuidad.[5]

c) Por prescripción: La doctrina tiende a aceptar que la prescripción constituye un medio apto para la adquisición de un derecho especial de uso sobre el dominio público, pues si bien la titularidad de estos bienes no se puede obtener así (recordar que son imprescriptibles), su uso sí. Esto no significa que para que la prescripción proceda es menester que el uso del bien del que se trate sea compatible con su afectación al dominio público y que además la dicha prescripción esté expresamente autorizada por ley.

d) **Aguas de dominio privado del Estado:** Son bienes de dominio privado del Estado los que no estén destinados a un uso público sino que constituyen su dominio privado.

Son bienes utilizados directamente por el Estado, que le sirven de reserva o que producen rendimientos o garantías, o que de cualquier forma están destinados al cumplimiento de actividades estatales.

Estos bienes del Estado constituyen un dominio privado y están sometidos a los principios de la propiedad civil, aun cuando con ciertas modificaciones habida cuenta del interés público que siempre presiden en ella.

Entre estos bienes pueden haber aguas que no estén comprendidas dentro de las de dominio público y que pertenezcan al Estado o sus instituciones de manera particular.

e) Habiendo ya expuesto algunas nociones concernientes a las aguas del dominio del Estado y sobre las cuales ejerce plena hegemonía, basado a la fecha, en las disposiciones vigentes en cada país, cabe ahora decir algo de las aguas del **dominio privado**, recordando siempre, que la clasificación que las divide, según a quién pertenecen, en públicas y privadas, es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.

Las aguas de dominio privado serán aquellas sometidas al derecho común cuyos titulares gozan de ellas como pueden hacerlo de cualquier otro bien de la naturaleza. Son aguas que pueden ser objeto de propiedad, uso y goce de los particulares.

Sobre estas aguas se ejercen derechos absolutos, como la propiedad, y derechos relativos como el aprovechamiento, a diferencia de lo que sucede con las aguas de dominio público que pertenecen al "domino" del Estado y que sólo pueden ser "aprovechadas" por los particulares.

Se aceptan como aguas pertenecientes al dominio privado:

a) Las aguas pluviales que caen en bienes inmuebles propiedad de particulares o que entran en ellos. Vale decir, que el propietario del terreno donde caen tiene todos los derechos de uso, goce y consumo típicos del derecho de propiedad. Esto incluye un derecho importante como el poder de desviarlas, que implica que las puede acumular por medio de construcciones para su ulterior uso.

b) Los cursos de agua no navegables, y los que brotan de vertientes situadas en propiedad privada, pero que por su importancia, no llegan a formar cauces naturales.

c) Los cursos artificiales que se construyan en terrenos privados para uso de su dueño.

d) Las vertientes o manantiales que nacen y mueren en una misma heredad aunque lleguen a formar cauce.

e) Las represas y los estanques, que son acumulaciones artificiales de agua, cuando están hechas por particulares en propiedad privada.

f) Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en predios de propiedad privada.

g) Las aguas subterráneas que se hallen en terrenos privados.

Aun cuando hay quienes consideran, como ya expuse, que todas las aguas subterráneas son pertenecientes al dominio público del Estado, hay legislaciones que aceptan que sí pertenecen al dueño del fundo donde se encuentren.

Con relación más o menos directa con estos conceptos de la propiedad de las aguas subterráneas, indico ciertas posturas adoptadas.[6]

La de la "common law" de propiedad absoluta, reconoce

5 Escola, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1984.
6 **Aprovechamiento en gran escala de las aguas subterráneas**. Naciones Unidas, Centro de Utilización de los Recursos Hidráulicos. New York, 1960, p. 40.

que el dueño de la tierra es propietario de las aguas situadas en el subsuelo de su propiedad y no limita el derecho del propietario a usar esas aguas.

Esta doctrina también se denomina norma del uso ilimitado, en Inglaterra, y doctrina de la propiedad de la tierra, en Estados Unidos.

La norma del uso razonable, también reconoce que las aguas subterráneas son propiedad del dueño de la tierra, pero su uso está limitado a lo que sea razonable comparado con los derechos análogos de todos los demás propietarios cuyos subsuelos se encuentren en esa fuente de agua.

Tiene otra variante, que es la de los derechos correlativos, que dispone que no sólo el uso del agua debe ser razonablemente beneficioso para el dueño de la tierra, sino que el propietario tiene derecho únicamente a utilizar la parte razonable que le corresponde en caso de que no haya líquido suficiente para abastecer las necesidades de todos.

Las aguas catalogadas como de dominio privado revisten singular importancia, desde las pluviales que son significativas en las zonas donde escasean las corrientes, hasta las subterráneas que garantizan al dueño de un fundo su pleno dominio sobre él y hasta cierto punto, el suministro futuro de tan vital líquido.

Son aguas que merecen una regulación clara que fije los parámetros a seguir para solventar controversias que se puedan presentar en situaciones específicas, por ejemplo, referentes a los derechos que se tienen sobre tomas de aguas, a la perforación de pozos para usos industriales de riego en áreas muy secas, a la construcción de canales y acequias, quineles de desfogue, a desagües y disposición de aguas servidas y otros que se derivan de la relación constante del ser humano con el recurso hídrido.

Sobre ellas el Estado -la Administración Pública- solamente debe tener las atribuciones de carácter policial prescritas por la ley, limitándose a ejercer la vigilancia necesaria para salvaguardar la salubridad, higiene y seguridad.

Es menester considerar que el agua, por sí, no es ni pública ni privada, lo prueba el hecho de que no en todos los países su condición jurídica es idéntica. El problema del agua no es el mismo en todas partes; en un país seco es distinto que en un país húmedo y aún dentro de cada país puede variar drásticamente su situación de una zona a otra.

f) Dejando atrás la anterior y tradicional clasificación de las aguas en, de **dominio público y privado**, cabe preguntarse, **¿por qué las aguas en general no pueden ser propiedad privada?**

Partiendo del hecho que la propiedad es un atributo de la personalidad, es un derecho natural inalienable al hombre y un medio idóneo y básico para la expresión de su libertad, se asume que se extiende a todo tipo de bienes.

Así, el restringir la propiedad del agua importa un cercenamiento del ejercicio pleno y completo de este derecho.

No hay razón válida para que este bien -útil y valioso- sea absorbido por el Estado, sustituyendo al hombre como su legítimo poseedor y beneficiario.

En materia de aguas, sólo el individuo que conoce de primera mano su importancia por su uso diario y previsión futura, sabrá estimarla y administrarla. No será un ente administrativo quien optimice su uso. Suponer que el Estado debe acaparar la provisión de agua de la Tierra significa un desestímulo a su conservación, a la exploración de nuevas fuentes y a la mejor utilización de las existentes.

Puede que se acepte, no sin discusión, que existen ciertas masa de agua no susceptibles de apropiación, mas la generalidad de ellas, provengan del suelo, del sobresuelo o del subsuelo han de ser propiedad de quienes las necesitan.

Debo concluir que el análisis doctrinario efectuado redescubre la trascendencia de colocar la propiedad de las aguas en manos privadas y la imperiosa necesidad que existe de plasmar esta idea en normas reguladoras de carácter técnico, sistemático y objetivo.

Regina Morales de Fernández
Universidad Francisco Marroquín
Guatemala

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

BIBLIOGRAFIA

Adrogue, Manuel I. **El Derecho de Propiedad en la Actualidad.** Abeledo Perrot, S.A., Buenos Aires, 1991.

Borda, Guillermo A. **Tratado de Derecho Civil.** Editorial Perrot. Buenos Aires, 1975. Tomo I

Dietze, Gottfried. **In Defense of Property.** The John Hopkins Press, Maryland, 1971.

Escola, Héctor Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo.**Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen II.

Fraga, Gabino. **Derecho Administrativo.** Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.

García Belsunce, Horacio A., **Garantías Constitucionales.** Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.

Institute for Humane Studies. **Property In a Humane Economy.** Samuel, L. Blumenfeld, Open Court Plublishing Company, Illinois, 1974.

Laquis, Manuel Antonio. **Derechos Reales.** Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo IV.

Lepage, Henri. **Por qué la Propiedad.** Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1986.

Marienhoff, Miguel S., **Tratado de Derecho Adminsitrativo.** Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, Tomo V.

Naciones Unidas, **Aprovechamiento en Gran Escala de las Aguas Subterráneas.** Centro de Utilización de Recursos Hidráulicos, Nueva York, 1960.

Puig Peña, Federico. **Compendio de Derecho Civil Español.** Editorial Aranzadi, Pamplona, 1979, Tomo II.

Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de Derecho Civil.** Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, Tomo II.

Savas, E.S., **Privatizing the Public Sector**, Chatham House Publishers Inc. New Jersey, 1982.

Sayagués Laso, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo.** Talleres Barreiro y Ramos, S.A., Montevideo, 1974, Tomo II.

Serra Rojas, Andrés. **Derecho Administrativo.** Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, Tomo II.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1968, Tomo I.

"Sin el derecho a la propiedad no es posible ningún otro derecho. Si los hombres carecen del derecho al fruto de su esfuerzo se les priva de los medios para sostener su vida. El hombre que produce para que otros dispongan de su producto es un esclavo".

Ayn Rand (1961)

ORIGEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE

Al final de la década del cincuenta diversos profesores de Derecho Constitucional, políticos de las más diversas ideologías y cientistas-políticos manifiestan la necesidad de que en el ordenamiento jurídico se incorpore, al igual que en otros países como Austria, Alemania y Francia, un Tribunal Constitucional.

La inquietud doctrinaria y política se fundamentaba, básicamente, en la circunstancia de que no existía en Chile una instancia que pudiera resolver los conflictos jurídico-constitucionales que pudieran surgir -y que de hecho se habían suscitado- entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional y en la conveniencia de crear un órgano jurídico autónomo e independiente que resolviera, en forma preventiva, sobre la constitucionalidad de las leyes, ya sea a petición del Jefe del Estado o de un determinado número de Congresales.

En los años 1964 y 1965, los ex-Presidentes de la República don Jorge Alessandri y don Eduardo Frei enviaron sendos proyectos de reforma constitucional en los que se proponía, si bien de manera diferente, una solución a eventuales conflictos entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo por la desigual interpretación de las normas constitucionales. Ambos proyectos, sin embargo, no fueron despachados por el Congreso Nacional.

A comienzos de 1969, el Presidente de la República envió un nuevo proyecto de reforma constitucional tendiente, entre otras materias, a crear con características claras y definidas un Tribunal Constitucional. En el Mensaje con que dicho proyecto fue remitido al Poder Legislativo se precisó la fundamentación de la iniciativa presidencial, la que se limitó a recoger las razones que ya había esgrimido la doctrina. En dicho Mensaje se señaló: "Una de las causas que resta eficacia a la acción de los Poderes Públicos, es la discrepancia que suele surgir entre el Ejecutivo y el Congreso. No necesito traer aquí el recuerdo de tantos hechos que corroboran esta afirmación acerca de la cual, por lo demás, existe consenso. De los conflictos entre esos dos Poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras Instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa".

Dicho proyecto fue finalmente aprobado por el Congreso Nacional e introdujo importantes reformas a nuestra Carta Fundamental. Entre ellas se destaca, la creación de un "Tribunal Constitucional" compuesto por cinco Ministros, tres de ellos designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema, de entre sus miembros.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ACTUAL CONSTITUCION DE 1980, COMPOSICION Y CARACTERISTICAS.

La carta Fundamental de 1980, vigente hoy en Chile, que fue aprobada plebiscitariamente y promulgada bajo el gobierno de don Augusto Pinochet Ugarte, también consagra un Tribunal Constitucional; pero introduce dos modificaciones sustanciales, respecto del existente en la Constitución anterior; 1) eleva el número de sus miembros y modifica su forma de designación y 2) aumenta considerablemente sus atribuciones.

El Tribunal Constitucional está integrado en la actualidad por siete miembros, designados en la siguiente forma: a) Tres Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; b) Un abogado designado por el Presidente de la República; c) Un abogado designado por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Los designados, en estos dos casos, deben ser personas que sean o hayan sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos, a lo menos; y d) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, debiendo recaer dichos nombramientos en letrados que tengan quince años de título profesional, no tengan impedimento alguno para desempeñar el cargo de Juez y hayan destacado en la actividad profesional, universitaria o pública.

Para que ustedes puedan comprender a cabalidad la composición de este Tribunal, es preciso señalar que el órgano constitucional denominado "Consejo de Seguridad Nacional" está formado por el Presidente de la República, quien lo preside, por los Presidentes del Senado y la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República.

Cabe destacar que, ante las conflictivas y vacilantes discusiones doctrinarias sobre la composición que deben tener tribunales de esta naturaleza, nuestra actual Constitución siguió el criterio de configurar un organismo eminentemente técnico-judicial y no político. Así lo demuestra el hecho de que cinco de sus miembros correspondan a órganos constitucionales ajenos al quehacer político y que para los dos restantes se exija el requisito "Sine qua non" de que las personas designadas sean o

hayan sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos a lo menos.

Sin embargo, y no obstante que la opinión pública y la doctrina reconocen que el Tribunal ha actuado en forma ecuánime y acertada en estos años de la transición política, no existe el mismo consenso nacional sobre la forma de designación de sus miembros, existiendo variadas proposiciones sobre su futura composición.

Los miembros del Tribunal duran ocho años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada cuatro años y al término de su período pueden ser reelegidos o nuevamente designados, según corresponda. El Presidente es elegido por sus propios miembros entre ellos y dura dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegido por una sola vez.

Las características más relevantes del Tribunal Constitucional son las siguientes:

1) es un órgano autónomo del Estado, independiente de toda otra autoridad o poder, tanto en cuanto a sus resoluciones, respecto de las cuales no existe recurso alguno ante otro Tribunal, como en cuanto a las normas internas de su funcionamiento y a la designación de su personal. En la ley orgánica que lo rige, existen precisas y severas normas que aseguran, también, su independencia económica;

2) sus miembros son inamovibles y no pueden ser objeto de acusaciones constitucionales para hacer efectiva su responsabilidad, como sí pueden serlo, por ejemplo, los propios Ministros de la Corte Suprema, por notable abandono de sus deberes;

3) sus resoluciones deben ser dictadas conforme a derecho, sin perjuicio de que en determinados casos quedan facultados para apreciar en conciencia los hechos; y, por último,

4) el tribunal no puede actuar de oficio sino sólo a requerimiento de los órganos constitucionales y personas legitimadas para ello. Pero, reclamada su intervención, en forma legal y en asuntos de su competencia, no puede excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva el asunto sometido a su decisión.

ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las atribuciones del Tribunal están señaladas en el artículo 82 de la Constitución. Imposible resulta en una exposición de esta naturaleza hacer un análisis exegético de la norma constitucional, razón por la cual he preferido sistematizar las funciones del Tribunal reuniéndolas en cuatro grupos, a fin de que ustedes puedan comprender con mayor facilidad cuales son las grandes tareas de éste órgano jurisdiccional encargado de la Justicia Constitucional. Complementaré este análisis sistemático, con algunas citas provenientes de la jurisprudencia del propio Tribunal que ha contribuido a ir perfilando con nitidez y precisión las atribuciones que, en términos genéricos, le encarga la Carta Fundamental.

1) **En un primer grupo** se incluyen aquellas funciones que quedan comprendidas dentro de la misión básica del Tribunal, cual es, velar por la supremacía normativa de la Constitución y resolver los conflictos jurídico-constitucionales que puedan surgir, ya sea en el seno del Poder Legislativo, entre dicho Poder y el Ejecutivo o, entre éste y la Contraloría General de la República. En este primer orden de materias, la Constitución otorga al Tribunal, las siguientes atribuciones concretas:

a) **Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Carta Fundamental.** La Constitución de 1980 incorporó en nuestro sistema jurídico, al igual que lo habían hecho las Constituciones de Francia de 1958 y de España de 1978, las llamadas "leyes orgánicas constitucionales". Su objetivo es, según lo ha declarado el Tribunal Constitucional, "desarrollar en un texto armónico y sistemático los preceptos constitucionales en aquellas materias que el Constituyente ha reservado a dichas leyes. Según su filosofía matriz puede decirse que esta nueva categoría de leyes está llamada a ocupar un lugar intermedio entre la Constitución y la Ley Común". (Rol No. 7). Se caracterizan por versar sobre determinadas materias relacionadas con la organización y funcionamiento de los Poderes del Estado y de algunos órganos constitucionales a los cuales se les atribuye especial relevancia, como, por ejemplo, el Congreso Nacional, las Fuerzas Armadas, la Contraloría General de la República, el propio Tribunal Constitucional, las Municipalidades, el Banco Central y el Tribunal Calificador de Elecciones; otras, regulan materias específicas vinculadas con algunos derechos de las personas que la Constitución "reconoce y asegura" como son, el derecho de asociación política, el derecho a la educación o, en fin, el derecho de propiedad minera. Necesitan para su aprobación, modificación o derogación, en el Congreso, de un quórum especial de las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio.

Dada la enorme importancia de estas leyes en el sistema normativo, la Constitución estimó necesario que, antes de su promulgación, fueran sometidas a un control "obligatorio" de constitucionalidad material y formal, de

manera tal que aquellas disposiciones de los proyectos de estas leyes que el Tribunal estimare contrarios a la Carta Fundamental no se puedan convertir en ley de la República y sean eliminadas del respectivo proyecto.

Debe quedar en claro eso sí, para delimitar la exacta dimensión de esta atribución, que el Tribunal sólo se pronuncia sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley; pero no está facultado para emitir juicios de mérito sobre ellos, lo que resulta perfectamente comprensible, pues el Tribunal no es un órgano colegislador.

Del mismo modo se someten a este control "preventivo" y "obligatorio" de constitucionalidad las llamadas "leyes interpretativas", destinadas a declarar el verdadero y genuino sentido de un precepto constitucional obscuro o dudoso. Consciente el Constituyente de la trascendencia de esta clase de leyes es que exija para su aprobación, modificación o derogación el Congreso un quórum reforzado, como lo llama la doctrina italiana, de los tres quintos de los senadores y diputados en ejercicio. Una sola de esta clase de leyes, ha sido dictada desde que entró en vigencia, parcialmente, la Constitución de 1980 y ella fue declarada constitucional.

b) **En segundo término, se le otorga al Tribunal la facultad de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.**

Este control de constitucionalidad, al igual que en el caso anterior, es preventivo, por cuanto se ejerce con anterioridad al perfeccionamiento de la norma jurídica; pero a diferencia de aquél, es eventual porque el Tribunal no lo ejerce en todo caso sino, solamente, cuando es formalmente requerido por el Presidente de la República, por cualesquiera de las dos Cámaras Legislativas o por una cuarta parte de los Congresistas en ejercicio de alguna de ellas. En este control de constitucionalidad se trata de que el Tribunal dirima un desacuerdo concreto y preciso sobre la preceptiva constitucional en relación a un determinado proyecto de ley, de reforma constitucional o de un tratado sometido a la aprobación del Congreso y siempre que tal divergencia haya surgido durante el proceso de formación de la ley. La discrepancia puede suscitarse tanto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo como así, también, en el seno de éste último. En cuanto a los tratados sometidos a aprobación, debo precisar que la competencia del Tribunal está restringida a los conflictos que surjan sólo durante el trámite de su aprobación en el Congreso, y no alcanza a ninguna de las otras etapas por la que atraviesa su concertación, ya que en ellas sólo interviene el Jefe del Estado a quién la Constitución le confiere la facultad exclusiva de conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y los organismos internacionales.

Como pueden apreciar, esta atribución refleja, en plenitud, el objetivo primordial que se persiguió con la creación del Tribunal Constitucional, ya que su ejercicio está destinado a dirimir un conflicto de Poderes que, de no mediar este órgano que resuelva la contienda, paralizaría la labor legislativa y, al propio tiempo, a velar por la supremacía de la Constitución sobre las normas legales o modificatorias de la Carta Fundamental.

Para terminar con las atribuciones del Tribunal, relacionadas con estas materias, debo señalar que al Tribunal se le confiere además, la facultad de controlar la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley, esto es, aquellas normas dictadas por el Presidente de la República sobre materias propias de ley, en virtud de una expresa autorización del Poder Legislativo. Este control, tiene el carácter de "preventivo", si el requerimiento lo formula el Jefe del Estado ante su rechazo por la Contraloría General de la República, órgano autónomo del Estado, encargado, entre otras materias, de tomar razón de dichos decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. En cambio, se le califica como "control represivo" si una vez cursado por la Contraloría y publicado, es objetado, dentro del plazo de treinta días, por alguna de las Cámaras o por una cuarta parte de los congresales en ejercicio.

c) **Por último, en este primer orden de materias, debo incluir diversas atribuciones que se le otorgan al Tribunal, en relación con la constitucionalidad de actos ejecutados por el Presidente de la República, ya sea en el ejercicio de su facultad de promulgar leyes, de su potestad reglamentaria o, en fin, de convocar a plebiscito ante el evento de desacuerdos con el Congreso en un proceso de reforma constitucional.**

Fatigoso e innecesario resulta exponer los diversos casos que, en la especie, regula la Constitución.

Para tener idea general y concreta sobre ellos, basta con señalar que aquí el conflicto que puede surgir entre el Presidente de la República y el Congreso o entre el primero

y la Contraloría General de la República, en relación a la cons-titucionalidad de determinados actos realizados por el Jefe del Estado, en virtud de facultades que le son propias.

Se trata una vez más de que el Tribunal Constitucional sea el supremo guardián de la Carta Fundamental, no sólo respecto de las leyes sino, también, de determinados actos ejecutados por el Presidente de la República.

2) Un segundo grupo de materias que se entregan al conocimiento del Tribunal Constitucional lo constituye la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos "cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política". Se le faculta, asimismo, para declarar la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad.

La Constitución de 1980, después de la reforma introducida por la Ley No. 18,825 del 17 de agosto de 1989, garantiza el pluralismo político; pero con la limitación de que los partidos, movimientos u otra forma de organización que participen en la vida nacional respeten los principios básicos en que se funda nuestro régimen democrático y constitucional. De allí que, previa sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un proceso legalmente tramitado, se excluya de la vida política del país a aquellas entidades que por sus objetivos, actos o conductas desconozcan dichos principios tratando de destruir los valores que encarnan, procuren el establecimiento de un régimen totalitario o hagan uso de la violencia como método de acción política.

A las personas naturales que hubieren participado en la configuración de aquellos hechos, se les sanciona, por el término de cinco años, con la pérdida de su derecho a optar a cargos públicos de elección popular o desempeñar determinadas funciones que la misma Constitución establece.

Esta atribución que se le otorga al Tribunal Constitucional reconoce como fuente el artículo 21 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y su origen directo se encuentra en la referida reforma introducida en la Constitución de 1980. Su establecimiento, en los términos que hemos expuesto, fue el fruto de un consenso nacional que se obtuvo mediante la derogación del artículo 8o. de la Constitución que castigaba no sólo a los partidos políticos sino, también, a cualquier persona natural y que había sido objeto de una fuerte crítica, ya que algunos estimaban que él sancionaba las ideas y no los actos de las personas y de las organizaciones políticas.

Para requerir la intervención del Tribunal, la Constitución concede acción pública. Sin embargo, la ley orgánica constitucional respectiva exige el cumplimiento de determinados requisitos para deducirla, a fin de evitar que se haga uso abusivo de ella.

3) En tercer término podemos reunir bajo un mismo grupo, las atribuciones que se le otorgan al Tribunal para resolver sobre las inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado o Parlamentarios y sobre las causales de cesación en el cargo de éstos últimos.

En estos casos, el Tribunal ejerce una función netamente jurisdiccional que puede incluso no vincularse necesariamente a la Constitución misma sino sólo a la ley, como ocurre, por ejemplo, con las inhabilidades de los Ministros de Estado, por eso puede sostenerse que ésta atribución se orienta más a la necesidad de establecer un organismo de gran jerarquía, como lo es el Tribunal Constitucional, capaz de resolver problemas jurídicos con innegables e importantes connotaciones políticas, que a las funciones que se estiman como propias de esta clase de organismos en las legislaciones contemporáneas.

La práctica ha demostrado que esta atribución se justifica ampliamente, ya que en los últimos años el Tribunal ha debido pronunciarse sobre requerimientos de inhabilidad de Ministros de Estado que, de no mediar esta instancia, habrían generado complejos problemas de competencia. También, a mi juicio, resulta más conveniente que sea este Tribunal el que resuelva sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los Parlamentarios, que la Cámara Legislativa a que pertenece el afectado, como ocurría en la Constitución de 1925.

La Carta Fundamental concede acción pública para requerir la intervención del Tribunal en el caso de los Ministros de Estado. Tratándose de parlamentarios es preciso que la petición la formule el Presidente de la República o no menos de diez congresales en ejercicio.

4) Por último, le corresponde al Tribunal Constitucional informar al Senado en caso de inhabilidad

del Presidente de la República o del Presidente Electo o en el evento de que el primero haga dimisión de su cargo.

En la Constitución de 1980 es facultad exclusiva del Senado declarar la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente Electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones; y declarar, asimismo, cuando el primero haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla.

Pues bien, la Constitución establece que, en ambos casos, el Senado debe oír previamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal actúa, en esta hipótesis, como órgano informante y no resolutor y su dictámen, por tanto, no obliga al Senado, sin perjuicio de constituir para éste un valioso antecedente para resolver.

* * *

Señoras y Señores, éstas son, en apretada síntesis, las atribuciones del Tribunal Constitucional de Chile. Ellas están en vigencia desde el 11 de marzo de 1981, fecha en que el Tribunal se declaró legalmente instalado.

Las atribuciones que las normas abstractas de la Constitución le otorgan al Tribunal han ido siendo concentradas y precisadas por una abundante jurisprudencia del propio Tribunal, la cual ha ido perfilando con nitidez su fisonomía jurídica.

Recordaré, brevemente, algunos de esos precedentes, de los que aparece que si bien el Tribunal ha demostrado su definitiva resolución de ejercer sus atribuciones sin claudicaciones ni autolimitación alguna, también ha sido severo y prudente en decidir, por una parte, que ellas no son ilimitadas en su contenido y, por otra que son taxativas y de derecho estricto.

Prueba de lo primero, es que el Tribunal al constatar que en el importante proyecto de ley sobre Votaciones Populares y Escrutinios se había omitido reglamentar determinadas materias de fundamental importancia, para garantizar la plena igualdad entre los participantes en los actos plebiscitarios y electorales, INSTO A LA JUNTA DE GOBIERNO de la época a que se legislara sobre dichas materias antes de la realización de dichos actos (Rol No. 53). Justo es reconocerlo que el legislador acató la resolución del Tribunal y complementó la ley respectiva.

Nuestra segunda aseveración la evidencia la sentencia del 21 de diciembre de 1987, dictada en el Rol No. 46, en la cual el Tribunal declaró que carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen o contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual gobierno, ya que la Carta Fundamental de 1980, constituye una manifestación del Poder Constituyente Originario que el Tribunal no puede revisar. A su turno, por sentencia del 24 de febrero del mismo año, el Tribunal dictaminó que sus atribuciones están señaladas taxativamente en la Carta Fundamental y son de derecho estricto, razón por la cual le está vedado al legislador aumentarlas o ampliar las existentes, declarando en aquella oportunidad inconstitucional la norma de un proyecto de ley que pretendió incrementar sus facultades, en relación al hoy derogado artículo 8o. (Rol No.43)

Por otra parte, por sentencia del 26 de septiembre de 1984, al declarar improcedente un requerimiento de la Junta de Gobierno, se dictaminó que el Tribunal Constitucional no es un órgano de consulta sobre el alcance de un precepto de la Carta Fundamental que pueda incidir en futuros proyectos de ley, ni tampoco está autorizado para emitir resoluciones sobre materias jurídico-constitucionales abstractas o generales, pues se trata de un órgano jurisdiccional que resuelve cuestiones de constitucionalidad concretas. (Rol No.23).

En otro caso, abocado a un conflictivo problema sobre la "esencia" del derecho de asociación política y su libre ejercicio, el Tribunal resolvió que no podía revisar lo obrado por el legislador por dos razones. "La primera, que la Carta Fundamental ha entregado a la ley regular o complementar el derecho de asociación política, por lo que debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente y dentro de latitudes razonables dicha materia, ya que de lo contrario podría invadir un campo que es propio de la ley. La segunda," que ya la habíamos señalado en la primera parte de esta exposición, "es que al Tribunal sólo le está confiado ejercer un control de constitucionalidad de la ley orgánica y no emitir juicios de mérito sobre ella. Si así no procediere," agregó la sentencia, "se excedería en sus atribuciones transformándose en órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución." Y luego concluyó: "El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad sólo cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política" (Rol No. 43).

* * *

Sin duda, vuestra sagacidad jurídica, ya ha podido valorar la importancia fundamental que tiene este Tribunal en el ordenamiento constitucional de Chile. A modo de resumen general, baste precisar la relevancia jurídica y política de sus resoluciones. "Algunas de ellas prevalecen sobre los **órganos colegisladores**, como ocurre con las que emite al ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas e interpretativas de la Constitución, y al resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Otras, priman sobre el **Presidente de la República**, en casos de discrepancias jurídico-constitucionales, como son: las relacionadas con la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley y de los decretos supremos, con la convocatoria a plebiscito o con la promulgación de la ley. Unas últimas, en fin, se imponen también al **Poder Judicial**," ya que resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable en casos particulares por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

LABOR REALIZADA POR EL TRIBUNAL BAJO LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCION DE 1980.

Terminaré mis palabras haciendo un breve recuento de la labor realizada por el Tribunal Constitucional.

El Tribunal ha ejercido el control de constitucionalidad sobre numerosas leyes orgánicas constitucionales. En todos sus pronunciamientos, los respectivos proyectos de ley han resultado enriquecidos, ya sea porque el Tribunal explicitó el alcance de sus normas, determinó la naturaleza jurídica de ellas, declaró inconstitucionales aquellos preceptos que vulneraban la Constitución o, en fin, como se ha dicho, instó al legislador a complementarlos, a fin de que diera cabal aplicación a los derechos que la Constitución reconoce y garantiza.

Ha dictado ciento sesenta y siete sentencias abordando las más variadas materias sometidas a su conocimiento. En todas ellas se destaca, según lo reconoce unánimemente la doctrina, la tendencia a recurrir a las más modernas reglas de interpretación Constitucional, enfatizando la hermenéutica de contexto y teleológica, aunque siempre ceñida a la Carta Fundamental, sin corregirla ni excederla, porque entonces la habría vulnerado en lugar de protegerla. En sus decisiones, continuamente, procura alcanzar los objetivos que subyacen en la norma constitucional, más que recurrir a un análisis apegado a la letra del texto fundamental.

El Tribunal Constitucional ha contribuido en forma importante a que el proceso de transición a la democracia diseñado por el Constituyente se cumpla ordenadamente y en paz social.

La opinión pública y la doctrina han reconocido ampliamente la labor del Tribunal Constitucional. Como una muestra de ello permítanme recordar algunos conceptos vertidos por la doctrina nacional. El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile y Doctor en Derecho por la Universidad de Wisconsin, don José Luis Cea, ha expresado: "El Tribunal Constitucional infundió eficacia a la Ley Suprema y le inculcó el impulso vivificante que, si persevera, seguirá contribuyendo al arraigamiento de ella. Merced a este esfuerzo y al éxito con que el Tribunal realizó su tarea, hoy son más los que creen en la Carta Fundamental y menos los que disienten de sus principios y reglas", y luego concluye: "El Tribunal Constitucional, ejerciendo adecuadamente sus atribuciones y aplicando una hermenéutica moderna, defendió la Ley Suprema, incrementó la conciencia constitucional chilena e influyó ostensiblemente en el proceso de restauración de la democracia en nuestra patria".

No me corresponde a mí profundizar en un juicio de valor sobre la actuación de nuestro Tribunal Constitucional, pero, objetivamente, en base a la labor que ha realizado, parece que su normativa estructural es, en términos generales, adecuada para reglar en forma conducente y positiva un órgano jurisdiccional encargado de la Justicia Constitucional.

Osvaldo Faundez Vallejos
Ministro de la Excma. Corte Suprema
y del Tribunal Constitucional de Chile.

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

El caso Alvarez Machaín a la luz de la jurisprudencia y doctrina internacional.

México vrs. Estados Unidos

Los hechos revelantes del caso

El caso judicial giró en torno a la sustracción (plagio) o secuestro en el territorio de la República de los Estados Unidos Mexicanos del ciudadano mexicano Alvarez Machaín, quien, contra su voluntad y, sin conocimiento y autorización del gobierno de México fue conducido a territorio de los Estados Unidos de América. Luego, fue enjuiciado ante una Corte de Distrito ante la que protestó y promovió su liberación por haber sido sustraido de México en violación del Tratado de Extradición vigente entre ambos países. Reconociendo falta de jurisdicción dicha Corte desechó los cargos y ordenó la repatriación del acusado. Acto seguido, una Corte de Apelaciones confirmó el fallo.

A continuación, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, conociendo del **recurso de certiorari** revocó ese fallo y, conforme a la opinión de la mayoría de Magistrados, resumió así el caso.

- La controversia en este caso es si un acusado sustraído de un país con el cual los Estados Unidos tienen un tratado de extradición adquiere, por esta razón, una protección contra la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos. Nosotros sostenemos que no es así, y que puede ser juzgado en una corte federal de distrito por violaciones al derecho penal de los Estados Unidos.-

De allí, desestimando las protestas por la vía diplomática del gobierno de México, los señalamientos Amicus Curiae de los Gobiernos de México y Canadá y de distintas entidades y agrupaciones, sentó la tesis según la cual: **"El hecho que el acusado haya sido sustraído por la fuerza, no prohíbe que se le juzgue en los Estados Unidos por violación a la legislación penal de este país"**, añadiendo: **"la decisión respecto a que si (el encausado) debe ser devuelto a México, como una cuestión fuera del ámbito del tratado corresponde al Poder Ejecutivo"**.

No fue parte de la discusión judicial la naturaleza repugnante y censurable de los actos y hechos delictuosos imputados: tortura y asesinato en México del agente federal antidrogas de EE.UU., Sr. Camarena.

En julio de 1992 el Consejo Permanente de la OEA le solicitó al Comité Jurídico Interamericano que, como órgano consultivo, examinare y opinare **"acerca de la juridicidad"** de dicho fallo. Dicho pedimento dio lugar a que el autor de este análisis estudiare el caso y adelantare las siguientes consideraciones.

I

La competencia del Comité

Ratione materiae y ratione personae

Por lo que concierne a la competencia del Comité Jurídico Interamericano para emitir opiniones jurídicas a solicitud de otros órganos de la OEA resulta conveniente distinguir entre el ejercicio de la competencia consultiva sobre asuntos de interés para la Organización o para el órgano que la solicita y, la competencia para opinar sobre casos concretos sometidos a conocimiento y consideración de los Tribunales de Justicia de los países miembros o que hubieren sido objeto de sentencia judicial en uno de los países miembros. Es decir, en asuntos contenciosos.

En principio, el Comité tiene competencia para evacuar consultas sin efectos vinculantes conforme a los artículos 104 y 105 de la Carta de la OEA. En cuanto a su competencia para opinar en relación a asuntos contenciosos que hubieren sido objeto de sentencia judicial en un país miembro de la OEA, es oportuno tener presentes los razonamientos de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de los Tratados de Paz -**Peace Treaties**- primera fase, 1950 - (C.I.J. Recueil, 1950).

En efecto, expresó la Corte:

"El consentimiento de los Estados partes en una controversia, es la base de la jurisdicción de la Corte en los casos contenciosos. La situación es diferente con respecto a los procedimientos consultivos, aún cuando la solicitud de una opinión esté relacionada con un asunto jurídico pendiente entre Estados. La respuesta tiene sólo carácter asesor; como tal, carece de fuerza obligatoria. Se infiere de esto que ningún Estado, miembro o no de las Naciones Unidas puede evitar que se emita una opinión consultiva que las Naciones Unidas hayan considerado aconsejable para recibir ilustración sobre la clase de medidas que deban tomar. La opinión de la Corte no se da a los Estados, sino al órgano que tiene derecho a pedirla. La respuesta de la Corte, en sí misma un "órgano de las Naciones Unidas" representa su participación en las actividades de la organización y, en principio, no debe rechazarse".

Nuevamente dicha Corte examinó lo concerniente a su competencia consultiva en el asunto de las **Reservas a la Convención de Genocidio** (C.I.J. Recueil, 195), de manera que a la luz de estos elementos se puede afirmar la competencia del Comité Jurídico Interamericano para evacuar la consulta planteada en relación a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América del 15 de junio de 1992 en el caso Alvarez Machaín.

II
El problema de la intervención en los asuntos internos de los Estados

En principio y, como órgano consultivo de la OEA, el CIJ tiene el deber de examinar si, el ejercicio de su competencia interviene o no dentro de la jurisdicción interna de los Estados Unidos de América. Ello, por cuanto la Carta de la OEA estatuye en el artículo 3 que "la Organización no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados Miembros", principio que la Carta también reafirma en los artículos 15 y 18. En tanto, pues, que como órgano de la OEA, el Comité está sujeto a esas restricciones.

Cabe señalar, sin embargo, que la Carta de la OEA también reafirma el Derecho Internacional como norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas; el deber de Estados de no intervenir en los asuntos internos de otros Estados, el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los Tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional y que las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben resolverse por medio de procedimientos pacíficos. Arts. 2 inciso c) y 3 incisos a), b) y h).

La competencia **ratione materia** y **ratione persona** del Comité está, por lo consiguiente, enmarcada por esos preceptos legales.

Procede, entonces, puntualizar que en este asunto el Comité deberá establecer si existían elementos, factores y compromisos de carácter internacional, entre otros: el Tratado de Extradición vigente entre México y los Estados Unidos de América. Asimismo, reparar en el hecho que el ciudadano mexicano Alvarez Machaín, considerado responsable de actos delictuosos por las autoridades de los Estados Unidos de América no hubiere sido objeto de entrega conforme lo dispone dicho Tratado de Extradición sino sustraído, contra su voluntad y, sin conocimiento del gobierno de México del territorio de ese país. Asimismo, que el gobierno de México protestó ante el gobierno de los Estados Unidos de América por esos hechos y exigió, por vía diplomática, la repatriación de su nacional. Finalmente, que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, no obstante lo expuesto, declaró procedente el enjuiciamiento criminal del acusado en EE.UU. sin cuestionar si se violaron o no derechos fundamentales del acusado.

Resulta evidente que existieron hechos de carácter internacional que han dado lugar a una controversia jurídica entre dos Estados miembros de la OEA y que tienen relación directa con el Tratado de Extradición vigente entre ambos países.

La **juridicidad internacional** de dicho fallo excluye, sin embargo, pronunciamientos sobre si la sentencia de mérito se ajusta o no al Derecho Interno de los Estados Unidos de América, por cuanto no se trata de un estudio doctrinario sino de una Opinión jurídica que un órgano consultivo de la OEA da a otro órgano.

En tal virtud el Comité puede examinar los fundamentos y alcances internacionales de ese fallo; no a la luz del derecho interno de Estados Unidos sino del Derecho Internacional. Al así hacerlo, no estaría interviniendo en la jurisdicción interna de los Estados Unidos de América, sino, analizando hechos que ocurrieron en territorio de ambos países e identificando y analizando las normas y principios jurídicos internacionales aplicables a esos hechos.

Por lo demás, el gobierno de los Estados Unidos de América no cuestionó ante el Comité su competencia para rendir la Opinión Jurídica solicitada en los términos que figuran en la respectiva resolución del Consejo Permanente de la OEA.

A la luz del bien establecido principio que el órgano consultivo es también competente para verificar su competencia -conocido en la jurisprudencia internacional como **la competence de la competence** - el Comité puede rendir la Opinión solicitada dentro de los límites antes señalados.

III
El principio Iura Novit Curia

Si bien la esencia de la opinión solicitada es la juridicidad internacional del fallo pronunciado por dicha Alta Corte en lo que se refiere a la afirmación de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia de Estados Unidos para procesar criminalmente al acusado Alvarez Machaín, también se puede, de conformidad con el principio **Iura Novit Curia**, analizar si el secuestro de dicha persona en territorio mexicano, sin consentimiento y autorización de las autoridades competentes de México, constituye o no a la luz del Derecho Internacional un hecho ilícito - en otros términos, un acto de intervención que compromete la responsabilidad internacional de los Estados Unidos de América.

Se cuenta, para esos efectos, con importantes indicadores y parámetros. En primer término, los de carácter convencional -la propia Carta de la OEA- art. 18-. Luego, la jurisprudencia internacional: sentencias de la Corte Internacional de Justicia en los casos **"Corfu"** -Reino Unido vrs. Albania, (C.I.J. Recueil 1949) y **"Actividades militares y paramilitares en Nicaragua"**, Nicaragua vrs. Estados Unidos- (C.I.J. Recueil 1984 y 1986), caso en el que la Corte esclareció que la no intervención constituye una regla de Derecho Internacional constitudinario, puesta, además, de manifiesto en Resoluciones de la Asamblea General -Nos. 22131 y 2625. En cuanto a Doctrina internacional están, entre otros

enkin, Pugh, Schater y Smith -International Law -cases d materials- 2ed. West Pub. Co. St. Paul, Minn. 1987; Rey aro, Ernesto "El principio de no intervención en la risprudencia de la Corte Internacional de Justicia" - Temas Derecho Internacional en homenaje a Frida M. Pfirter area, Buenos Aires, 1989; **Brownlie, Lan.** "Principles of ublic International Law" 4a ed. Clarendon Press, Oxford, 990 y **Sepúlveda, Cesar** "Derecho Internacional", México, orrúa, 1991.

simismo, se puede inquirir si en relación a la persona straida se violaron o no los derechos fundamentales del usado en tanto que es persona humana. En otros términos, rechos humanos consagrados en las Declaraciones Univer- l y Americana de Derechos Humanos. Al efecto, figuran, tre otros, los siguientes precedentes de jurisprudencia en E.UU. "**United States vrs. Toscanino-**" y "**Filartiga vrs. eña-Irala**" en **International Law Reports**, Vol. 77, 1988 176 y **Harris, D.J.** "Cases and Materials of International aw", Londres, Sweet & Maxwell, 1991 p.701 y sigs.; **Bur-nthal, T.** "International Human Rights" West Pub. Co. St. ul Minn. 1988 y el estudio de **O'Higgins, Paul**, "Unlawful izure and irregular extradition" en The British Yearbook of ternational Law, 1960. (Oxford U. Press, Londres, 1961).

consecuencia, el Comité disfruta de la potestad requerida ra examinar los puntos señalados, mas no podrá emitir icio sobre la ilegalidad de los actos conforme al Derecho terno de los Estados Unidos de América, por ser esto último mpetencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de ese ís.

IV

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. a la luz del Derecho Internacional

bido es que los actos y sentencias de los tribunales de sticia son, con alguna frecuencia, objeto de controversias tre los Estados en el plano internacional, tanto desde la rspectiva de la llamada **denegación de justicia** como por olación de claras o expresas reglas y principios del Derecho ternacional. Y ello, a fin de establecer si se compromete o la responsabilidad del Estado y, en caso afirmativo, es-blecer la o las modalidades de reparación que el Estado fractor debe al Estado ofendido tanto por el hecho ilícito mo por la violación de las normas y principios inter-cionales. En este contexto la sentencia en el caso Alvarez lachaín no entra en la esfera de la denegación de justicia no en terrenos de la responsabilidad Internacional del Es-do.

or lo general las sentencias de los tribunales nacionales se san en una correcta aplicación de las reglas del Derecho terno y del Derecho Internacional. Pese a ello, al aplicar clusivamente el derecho interno los Tribunales pueden incumplir las reglas convencionales y consuetudinarias del Derecho Internacional. En esos casos, tanto la doctrina como diferentes fallos arbitrales señalan el efecto jurídico que ello produce en la esfera internacional. Y, éste no es otro que comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Entre los internacionalistas que han contribuido a esclarecer este último tema están los juristas argentinos **Podesta Costa** y **José María Ruda**. El primero, en vida, fue Ministro de Relaciones Exteriores de su país en tanto que el colega Ruda ha sido Magistrado y Presidente de la Corte Internacional de Justicia. En la obra del Dr. Podesta Costa actualizada por el Dr. Ruda, precisamente se señala que:

"Una sentencia, aunque se ajusta al derecho interno, puede ser contraria al derecho internacional. El Tribunal se ha ceñido, como le corresponde, al derecho interno, pero ocurre que éste desconoce los "derechos esenciales"; o bien el Tribunal no ha aplicado las estipulaciones de un tratado, porque éste -según el régimen existente en algunos países- no tiene *per se* fuerza de ley interna mientras no se dicte una ley en tal sentido. En ambos casos el Tribunal ha cumplido con el derecho interno, pero el Estado ha violado el derecho internacional. Considerada la cuestión en ese plano, hay sin duda una falta que es imputable a omisión del Estado, sea por dolo o por culpa y, surge para él un caso de responsabilidad internacional."

Luego, concluyen con la siguiente observación:
"Sería erróneo, sin embargo, afirmar de modo genérico que origina la responsabilidad internacional del Estado toda sentencia contraria a cualquier norma de derecho internacional. La responsabilidad surge únicamente cuando la sentencia desconoce "derechos esenciales" o estipulaciones consignadas en los tratados: aquéllos, porque los posee el extranjero y éstas porque son jurídicamente obligatorias en el carácter de derecho internacional positivo" (Derecho Internacional Público, Buenos Aires, TEA, 1985. Tomo II, p.241.) Asimismo, **Jiménez de Aréchaga, Eduardo**, "La responsabilidad del Estado" en **Sorensen, (Ed)** "Manual de Derecho Internacional Público", México, Fondo de Cultura Económica, 1978 y **Halajczuk B. y Moya Domínguez MT** "Derecho Internacional Público" Buenos Aires, EDIAR, 1978.

V

La reparación de los daños causados y la Restitutio in integrum

Al examinarse el fallo de mérito, aparte de analizarse el Tratado de Extradición vigente entre ambos países no puede dejar de apreciarse si existió o no un caso de responsabilidad internacional como consecuencia de la violación de las normas y principios generales del Derecho Internacional que

causaron daños a México, y, en atención a ello, identificarse la o las modalidades de reparación que conforme al Derecho Internacional pudieren corresponder.

Si bien es cierto que entre las modalidades admisibles de reparación conforme al Derecho Internacional figuran el restablecimiento al **status quo ante**, la indemnización y la satisfacción, el hecho es que el Comité no está llamado a dirimir la controversia; tampoco precisar las formas de reparación. Sin embargo, se pueden identificar los actos cometidos en el territorio de México, que, a la luz del Derecho Internacional son ilícitos. De la misma manera, se puede analizar la sentencia a la luz del Tratado de Extradición vigente entre ambos países y, trayendo a cuenta la **Convención de Viena sobre Tratados** y la excelente literatura que sobre ella se ha publicado, extraer las consecuencias que, conforme al Derecho Internacional, se desprendan. Entre ellas, la o las reparaciones que México tiene derecho.

Al respecto es útil recordar que el concepto de **reparación** viene siendo delimitado en los ámbitos interno e internacional, reputándose, incluso, en teoría, la **restitutio in integrum** como equivalente a la restauración del **status quo ante**. Por lo que a la **restitución** propiamente se refiere, asimismo, conviene tener presente el esclarecimiento que aportó la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de las **Factorías Chorzow** cuando al señalar las modalidades como deben los Estados reparar los daños a otro u otros Estados consignó:

"La reparación, en la medida de lo posible, debe cancelar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación, que, con toda probabilidad, habría existido si el hecho no se hubiere cometido" (CPJI. Serie A.N.1.17. p.47).

Si bien en lo concerniente a la reparación existen en teoría similitudes entre daños materiales y personales, y diferencias entre daños emergentes y daños morales, incluyendo matices distintos entre la **restitución material** y la **restitución legal o jurídica** (V. Arangio Ruiz G. "Informe Preliminar sobre la Responsabilidad de los Estados" Comisión de Derecho Internacional, NN.UU. Doc. A/CN.4/412. add. 1.. Mayo de 1988) el hecho es que en la práctica el concepto de restitución material **-restitutio material-** suele comprender tanto la reparación estrictamente material como la que beneficia a las personas directamente afectadas por los hechos ilícitos. Así, por ejemplo, el jurista alemán **Graefrath** - ex presidente de la Comisión de Derecho Internacional - señaló:

"hablamos de restitución material cuando se trata de restauración de objetos ilícitamente obtenidos o la liberación de personas arrestadas o detenidas ilícitamente, la evacuación de territorios ocupados ilegalmente ec. etc." ("Responsability and damages caused" en Recueil de Cours, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Vol. 185, p.77).

Desde luego, entre los parámetros que tienen relación directa con la **restitutio in integrum** del acusado- en este caso, repatriación del procesado-, figura el elemento que la **restitutio** sea no sólo fácticamente posible sino, también, jurídicamente factible. Y ello, porque únicamente en la eventualidad de tornarse imposible la restitución del procesado podrían considerarse otras modalidades de reparación. Por supuesto, las satisfacciones, como modalidad de reparación suelen ser objeto de consideración a la luz de los hechos y de los planteamientos de las partes.

Lo importante es que la propia Corte Suprema de Justicia de EE.UU. señaló en su sentencia que "como materia al margen del tratado" "la decisión de devolver al acusado corresponde al Poder Ejecutivo de los Estados Unidos". Con ello se aprecia que, al menos, técnicamente, no existe imposibilidad jurídica de restitución; tampoco existe imposibilidad jurídica de que México subsiguientemente concediere la extradición. Estados Unidos y México pueden, por consiguiente, convenir en distintas fórmulas de solución y, en su caso, de reparación.

Finalmente,es sabido que toda controversia puede resolverse directamente entre las partes o por vía arbitral o judicial. A nuestro criterio, el asunto amerita solución jurídica a nivel internacional. Ya fuere mediante un fallo arbitral o judicial, a través de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia - como ha sido planteado por S.M. el Rey de España y los Jefes de Estado del continente americano en reciente Cumbre Iberoamericana (Madrid, julio de 1992) o bien por acuerdo entre las partes. Desde luego, no puede excluirse que los propios tribunales de justicia de EE.UU. resuelvan el caso.

Si bien es cierto que esta clase de actos violatorios de las reglas internacionales son aislados, es menester señalar, sin embargo, que la reciente historia diplomática registra un caso similar con ribetes políticos entre Francia y Alemania (**el caso Argoud**, Sentencia de la Corte de Casación de Francia del 4 de junio de 1964 en **International Law Reports**, Vol. 45, -1972- p.90-) y, luego, en materia de crímenes de guerra y contra de la humanidad, otro entre Argentina e Israel -el caso **Eichmann** que dio lugar a la Sentencia de la Corte del Distrito de Jerusalén del 12 de diciembre de 1961 y de la Corte Suprema de Israel del 29 de mayo de 1962, (en **International Law Reports**, Tomo 36, pp.5-343). En ambos casos no se siguió la vía de la extradición de quienes fueron luego procesados sino, su secuestro y sustracción por la fuerza, dando lugar, en el caso **Eichmann**, a fuertes discusiones a nivel internacional, incluyendo en el Consejo de Seguridad de las NN.UU. Véase **Fawcertt, J.E.S.** "THE EICHMANN CASE" En The British Yearbook of International Law, 1962.

Tratándose de crímenes de guerra y de crímenes contra la

humanidad en que propiamente no hubo secuestro del acusado está, asimismo, el **caso Barbier**, (Bolivia y Francia) que, después de difíciles y complejas negociaciones entre los gobiernos de ambos países dieron lugar a que Barbier fuera expulsado de Bolivia y, a continuación, capturado, detenido, procesado y sentenciado en Francia. Corte de Casación de Francia del 6 de octubre de 1983 y del 26 de enero de 1984 en: **International Law Reports,** tomo 78, pp. 125 y sigs.- Finalmente, está el **caso Demjanjuk vrs. Pertrovky** (Estados Unidos e Israel) por el que, en virtud de sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Distrito de Estados Unidos del 31 de octubre de 1931 - **Intenational Law Reports,** tomo 70 pp. 535-537- el sindicado fue entregado a Israel para efectos de su juzgamiento.

Lo revelante en ambos casos fueron los fundamentos legales. Así, en el **caso Barbier**, la Corte de Apelaciones de Francia sostuvo que:
"en razón de su naturaleza, los crímenes contra la humanidad, con los que Klaus Barbier, de nacionalidad alemana, es acusado en Francia, fueron esos crímenes cometidos que no simplemente caen bajo del campo de aplicación de la ley francesa, sino que están sujetos a una orden criminal internacional, a las que las nociones de fronteras y las reglas de extradición son completamente ajenas" (ILR. 78 p. 130).

Por su lado, la Corte de Apelaciones del Sexto Distrito de Estados Unidos sostuvo en el **caso Demjanjuk** que, aun cuando Demjanjuk no es ciudadano de Israel y los delitos por los que se le acusa fueron cometidos fuera del territorio de Israel (en el campo de concentración de Treblinka, Polonia, durante la segunda guerra mundial), **"El Derecho Internacional reconoce el principio de la jurisdicción universal respecto a ciertos delitos, incluyendo crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad." (I.L.R. Vol. 79 p.536.)**

Es de señalar que el caso Alvarez Machaín no versa sobre crímenes de guerra y contra la humanidad como para que pudiere haber sido aplicable la doctrina de los casos **Eichmann** y **Demjanjuk** sino, sobre tortura y asesinato en México del Sr. Camarena, agente federal de investigaciones de EE.UU. en materia de tráfico de drogas y estupefacientes.

De allí que a nivel internacional se imponga la reafirmación de la regla que la sustracción de una persona por la fuerza, contra su voluntad y, sin el consentimiento del Estado donde se encuentre, es contraria al Derecho Internacional general, independiente de si existen o no tratados de extradición entre los Estados, por cuanto entraña, por una parte, intervención y, por otra, violación del derecho al debido proceso legal de detención del afectado.

Ginebra-Guatemala julio-agosto de 1992.

Addendum:

El Comité Jurídico Interamericano emitió su Opinión Legal el 15 de agosto de 1992 afirmando, en primer término, por ocho votos a favor y dos en contra, su competencia para opinar sobre la juridicidad de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso Alvarez Machaín. Los votos en contra fueron del Dr. Seymour Rubin (Estados Unidos) y del Dr. Juan Bautista Rivarola (Paraguay).

Luego, por nueve votos a favor y una abstención opinó que el gobierno de Estados Unidos, como responsable de la violación de la soberanía de México está obligado a repatriarlo, sin perjuicio de otras reparaciones a que su conducta hubiere podido dar lugar. Votaron a favor, el Presidente, Dr. Manuel A Vierra (Uruguay), Dr. José Luis Siqueiros (México), Dr. Eduardo Vio Grossi (Chile), Dr. Luis Herrera Marcano (Venezuela), Dr. Galo Leoro Franco (Ecuador), Dr. Juan Bautista Rivarola (Paraguay), Dr. Francisco Villagrán Kramer (Guatemala), Dr. Ramiro Saraiva Guerreiro (Brazil) y Dr. Jorge A. Vanossi (Argentina). El voto de abstención fue del Dr. Seymour J. Rubin, de Estados Unidos.

Por aparte, en el transcurso de las sesiones de la Asamblea General de las NN.UU. -sept.-dic. 1992- se planteó la conveniencia de que la Asamblea General solicite a la Corte Internacional de Justicia Opinión Consultiva relacionada con el secuestro y sustracción de nacionales de un país por el gobierno de otro Estado o mediante su concurso. El tema figura en la agenda de la Asamblea General.

Por su lado, el gobierno de México propuso en la OEA la adopción de una convención interamericana por la que se prohibieran expresamente esta clase de actos.

Finalmente, en el curso del mes de diciembre de 1992, el Tribunal Federal de Estados Unidos que conocía de la acusación criminal contra Alvarez Machaín declaró improcedente su enjuiciamiento criminal por falta de prueba, ordenando su inmediata libertad. Acto seguido, el encausado retornó a México. No obstante ese hecho el tema jurídico de fondo sigue vigente en la agenda de las relaciones bilaterales entre México y Estados Unidos. Asimismo, otros gobiernos, aparte del gobierno de Canadá mantienen vigente su interés por el tema de fondo.

Dr. Francisco Villagrán Kramer
Miembro del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión de Derecho Internacional de las NN.UU.

NOTA: El presente artículo se publica con permiso de su autor y en nada supone la concesión de una licencia o cesión de derechos de autor.

¿QUE PASARA CON EL MILAGRO ECONOMICO DE HONG KONG? ¿SERÁ UN MITO O UNA REALIDAD?

En la época antigua, Hong Kong formaba parte de lo que hoy es la China comunista. Después de muchos años, como resultado de una guerra entre China e Inglaterra, Hong Kong pasó a ser una colonia más de Inglaterra para que le sirviera de puerto de acceso al comercio con China. Con el pasar de los años Inglaterra adquirió, como resultado de la segunda guerra anglo-China, en 1860, los territorios de Kaulún y la isla de Stonecutter. Por medio de la convención de Pekín, en 1898, China cedió estos nuevos territorios a Gran Bretaña por 99 años.

Esta decisión de dejar que Hong Kong se desligara de la China fue de gran beneficio para Hong Kong, pues al pasar de un sistema de gobierno centralmente planificado a uno de libre mercado, se dio un gran crecimiento económico. Entonces nos surge la pregunta, ¿Cómo es posible que una pequeña península como Hong Kong, que es uno de los países más superpoblados del mundo, que no tiene recursos naturales ni agua potable suficiente para poder abastecer sus necesidades llegó a ser lo que es hoy económicamente, y tener un crecimiento tan rápido que lo sitúa dentro de los países más exitosos de Asia?

La respuesta a esta pregunta es su sistema simple de gobierno que asegura que éste no intervenga en el libre funcionamiento del mercado y la política económica que se ha adoptado, que es la de libre mercado y libre intercambio, que alenta a la actividad económica privada.

En sus inicios la colonia de Hong Kong había sido establecida para servir como una estación diplomática, militar y comercial. Por esta razón es que no se le dio una representación por medio de un gobierno, sino que se les dejó actuar casi libremente, pues sólo tenían un gobernador que seguía las regulaciones que Inglaterra establecía para las colonias. Pero muy rápido esta colonia empezó a crecer y a tener más importancia, como un puerto en el que se desarrollaba el comercio con China y muy pronto atrajo a varios comerciantes de otros países, convirtiéndose, así, en un puerto de transacciones internacionales.

Aún con este crecimiento económico, Hong Kong siguió teniendo el mismo sistema simple de gobierno, un gobierno que sólo se preocupaba y se basaba en el principio de la autosuficiencia y el de mantener un presupuesto balanceado de gastos del gobierno. Estas políticas no incluían o legislaban en ningún momento algo relacionado con impuestos y otras políticas restrictivas, como la concesión de privilegios que impiden el funcionamiento del mercado. Estas medidas garantizaban y daban las condiciones precisas para que el gobierno no interviniera en el funcionamiento del mercado. Otra situación que influyó grandemente en el rol del gobierno dentro de esa colonia fue que "en el siglo XIX, la política económica de Inglaterra reflejaba fuertemente la influencia de la mano invisible de Adam Smith: la creación y distribución de la riqueza reside en el sector privado." [1]

"El Gobierno de Hong Kong ha adoptado una política de laissez-faire respecto al sector privado, ya que considera que la distribución de recursos más eficiente se logra por medio del libre funcionamiento del mercado". Esta política es la más acertada que un gobierno puede tomar, pues ya se ha comprobado que el mercado por su propio funcionamiento logra distribuir la riqueza de las personas de la manera más justa y eficiente, y al ser por medio del mercado la distribución no se crean privilegios ni protección a unos creando, necesariamente, costos a la sociedad, y al sistema económico.

El no intervencionismo del gobierno en Hong Kong, se puede denotar, pues éste no se inmiscuye en asuntos que no le competen, sino está dentro del marco de funciones que realmente debería de tener un gobierno. Según Milton Friedman, "el gobierno juega un papel muy importante que está limitado, primariamente, por cuatro funciones. Estas funciones son: el enforzamiento del orden y de las leyes y proveer los medios para la creación de las normas de conducta, resolver las disputas, facilitar el transporte y la comunicación, y supervisar la emisión de moneda."[2] En Hong Kong podemos ver que existe un gobierno tal y como lo describe Friedman, un gobierno controlado que no excede a las funciones que le corresponden y se limita a una función estrictamente reguladora que no le da poder para decidir sobre las políticas económicas del país. Así es que la filosofía del gobierno de Hong Kong se limita a el mantenimiento del orden, la interferencia mínima en los asuntos privados e incentivar a que exista una atmósfera que sea propicia para fomentar las inversiones.

Por esta política del gobierno de Hong Kong es que se ha adoptado un sistema de comercio libre. En este sistema es libre la entrada y salida de todos los productos, ya que no existen impuestos de importación y exportación y existen demasiado pocas restricciones para importar. Al no impedir la entrada y salida de productos por no tener impuestos, se estimula a que más productos puedan ser importados y que después de procesados tengan un precio más bajo o competitivo en el mercado mundial. Esto beneficia a Hong Kong, pues hace que sus productos sean competentes con el mercado internacional porque si pagaran impuestos de importación de materia prima, el producto final tendría un costo más alto que los de los demás países y les resultaría casi imposible competir.

El gobierno de Hong Kong también ha adoptado la política más eficiente para poder aumentar las exportaciones y así tener más dinero. En lugar de restringir las importaciones e incentivar sólo a las exportaciones, como es aquí en Guatemala, ellos tienen un libre comercio en el cual no hay restricciones ni para importar ni para exportar. Es importante que no haya restricciones para importar, pues si alguien quiere importar necesita tener divisas para hacerlo y esas divisas sólo las puede conseguir exportando. Entonces con el

1 Alvin Rabushka. **From Adam Smith to the Wealth of America.** Transaction Books. U.S.A., 1985. Pág. 146.

2 Alvin Rabushka. **El milagro de Hong Kong.** Centro de Estudios Económico-Sociales. (Tópicos de Actualidad, 1o. de mayo de 1987, #629). Guatemala, 1987.

sólo hecho de querer comprar productos del extranjero se aumenta la producción y la exportación para poder tener divisas para poder importar. Esto es lo que ha sucedido en Hong Kong, como no hay impuestos de importación ni de exportación se ha aumentado grandemente la exportación y la producción. "El crecimiento sostenido de las exportaciones de productos industriales ha sido el factor principal en el rápido crecimiento económico de Hong Kong"[3].

Por la simpleza del gobierno y la poca interferencia en el funcionamiento del mercado es que Hong Kong se ha llegado a desarrollar grandemente y ha llegado a ser uno de los países con el mayor ingreso per cápita del continente asiático.

Dentro de las políticas económicas que se han adoptado en Hong Kong está el sistema tributario que es un sistema diseñado para estimular la inversión, pues es un sistema con impuestos muy bajos y no un impuesto progresivo sobre la renta. Los impuestos están divididos en cuatro impuestos directos que son: a las ganancias, a los salarios, a la propiedad y a los intereses. Aparte de estos cuatro impuestos, el gobierno recauda dinero por medio de la venta de terrenos y propiedades, sellos y por prestar los servicios públicos comercialmente. La inversión está estimulada por las tasas bajas que tienen los impuestos directos.

"La filosofía impositiva de Hong Kong se basa en la noción que las tasas de impuesto relativamente bajas incentivan la producción y, por lo tanto, facilitan el crecimiento rápido de la actividad económica. A su vez, al aumentar la actividad económica aumentan el empleo y los ingresos personales, y por lo tanto, las recaudaciones del fisco"[4].

Este sistema de impuestos es el que se debería utilizar para todos los países que necesitan progresar, pues al no gravarse el capital y ser impuestos directos con bajas tasas de impuestos se estimula grandemente a la inversión y al haber más inversión necesariamente un país produce más y al haber más producción el país progresa y se obtiene un mayor nivel de vida.

Un dato interesante de Hong Kong es que el mayor crecimiento económico en su historia se dio en una época en que había inestabilidad monetaria. Entonces nos preguntamos, ¿Cómo es posible que Hong Kong haya tenido su mayor crecimiento económico durante una época en que había inflación? Esto es porque la tasa de inflación no era mayor a la tasa de inversión: Según Friedman, un poco de inflación no afecta a la economía, sino que estimula la inversión y al haber más inversión hay más crecimiento económico y por lo tanto la tasa de inflación no llega a ser más grande que la tasa de crecimiento económico. Esto parece no ser muy lógico, pero en realidad, lo que sucede es que cuando hay inflación es que hay más moneda circulando en el mercado. Si esta moneda que está circulando en el mercado se invierte y se hace producir, se da un crecimiento económico y la inflación no tiene un resultado tan perjudicial en la economía, pues hay más inversión y producción que lo que hay de inflación. Todo esto se puede dar y es más fácil de compensar, pues como es un sistema libre de mercado, todos los cambios producidos por la inflación se complementan y se pueden balancear porque la economía tiene la libertad para ajustar su estructura de costos y precios para poder intercambiar internacionalmente, teniendo ganancias.

Respecto a la inflación de Hong Kong, ésta no es provocada para pagar por los gastos de gobierno que exceden a lo que deberían ser o para pagar la deuda externa, sino por el contrario, la inflación surge de la demanda de dinero por parte del sector privado. Esto es cuando hay una tremenda demanda de dinero que es satisfecha en momentos de especulación con las propiedades y con la bolsa de valores. En Hong Kong no hay deuda externa y el gobierno controla sus gastos de tal manera que siempre le alcance el presupuesto y lo administra tan bien que hasta es capaz de proporcionar vivienda a la mayoría de la población. Es impresionante la eficiencia del gobierno de Hong Kong. "El gobierno de Hong Kong es el único en el mundo que no gasta más de lo que recauda"[5].

Después de haber analizado las causas del crecimiento económico de Hong Kong y haber hecho un breve resumen del sistema de mercado que se utiliza. Podemos llegar a la conclusión que Hong Kong es lo que es hoy en día y ha tenido un crecimiento económico impresionante, gracias al sistema económico que han adoptado, que es el de libre mercado y también por el poco intervencionismo del gobierno en el mercado, que le da una gran estabilidad y seguridad a todos los inversionistas. El crecimiento de Hong Kong es tan grande que se le ha llamado "El milagro económico de Hong Kong".

La estabilidad de Hong Kong se vio afectada desde el 18 de julio de 1982, fecha en que China anunció su intención de reclamar la soberanía sobre Hong Kong y desde esta fecha nos hemos estado preguntando qué va a suceder con Hong Kong el día que pase a ser parte de China otra vez.

Es increíble, pero desde que China anunció sus planes de recobrar la soberanía de Hong Kong, se ha dado un gran cambio. Este cambio es que las personas ya no se sienten totalmente seguras de invertir y ahorrar en Hong Kong, pues temen que en cualquier momento China pueda intervenir en el sistema de mercado y apropiarse de sus bienes. Al reducirse el ahorro, necesariamente se reduce la inversión, pues va a haber menos capital disponible para utilizarlo en invertir. La mayoría de inversiones que se han dado son a corto plazo, pues a largo plazo la gente no quiere arriesgar a perderlo todo.

Entre los años de 1982 a 1984, en lo que Inglaterra y China hacían negociaciones se experimentaron tasas de crecimiento relativamente bajas. En las finanzas públicas se dieron tres años consecutivos de déficit fiscal y, por esto, se dio un aumento en los impuestos y el gobierno y tuvo que pedir un

3 Alvin Rabushka. El Milagro Económico ¿Mito o Realidad? Editor: Juan Fernando Bendfeldt. Pág.31
4 Ob. Cit. Pág.34
5 Ob. Cit. Pág.34.

préstamo al sector privado del mercado interno por la cantidad de mil millones de dólares. También por primera vez utilizó las reservas fiscales que había recolectado en todos los años anteriores en los cuales había tenido un superávit y no un déficit.

Otra consecuencia de esta inestabilidad es que aun cuando las exportaciones aumentaron, no utilizaron ese dinero para nuevas inversiones de equipo y de capital.

En 1984 Inglaterra y China llegaron a un acuerdo que fue ratificado en 1985, en el cual se estableció que China recobraría la soberanía y la autoridad administrativa sobre Hong Kong. China prometió que no interferiría en la economía, que no iba a cobrar impuestos, que no iba a interferir en la propiedad privada, y en resumen, que iba a dejar a Hong Kong actuar independientemente en todo lo referente a su gobierno y economía. Este tratado se vence en 50 años. El líder de China, Deng Xiaoping, está de acuerdo que sea un país con dos sistemas de gobierno (socialismo y capitalismo). Este líder Chino ha hecho muchos cambios en China que demuestran ser dirigidos hacia un sistema no tan socialista y un poco capitalista, introduciendo cambios por medio de programas de reformas económicas liberales. Estas reformas liberales consisten en que se les paga más a los trabajadores, la producción volvió a ser familiar y no en comunidades, las personas tienen la libertad para decidir qué producir y si las personas producen más de lo requerido por el gobierno se pueden quedar con el excedente y venderlo al precio del mercado. Esto incentivó a que se diera un aumento en la producción, pues a la gente le interesa tener más ganancias. El problema es que Deng Xiaoping ya tiene 81 años y la probabilidad de que viva mucho más es dudosa. La duda surge en qué hará el sucesor de Deng Xiaoping y si realmente se cumplirá la promesa de Hong Kong.

El único argumento que tiene a su favor China para que sea creíble que va a cumplir con sus promesas es que una cuarta parte de sus exportaciones son dirigidas a Hong Kong, y que el líder Deng Xiaoping está haciendo cambios más liberales en su economía. Este argumento de las exportaciones no es tan sólido, pues China poco a poco ha estado invirtiendo en otros lugares y exportando a nuevos lugares como Singapur, lo cual la ha hecho menos dependiente de Hong Kong económicamente.

Los argumentos que tiene en contra el cumplimiento de la promesa por los Chinos son muchos más de los que tiene a su favor, y con muchas actitudes han hecho dudar del cumplimiento de su promesa. Por ejemplo, en 1988, un comité de China hizo un proyecto para una Constitución de Hong Kong. Este hecho creó mucha desconfianza y mucha gente empezó a emigrar. Otra actitud que se vio fue que en esa época se estaba incentivando a que Hong Kong tuviera su primer gobierno electo, y China trató de intervenir para evitar que sucediera. En 1989, China despidió a oficiales de Hong Kong que tenían empresas de comunicación por haber apoyado a una manifestación de los estudiantes, China trató de evitar la libertad de comunicación con esa intervención. En 1991, Inglaterra y China hicieron un acuerdo para construir un aereopuerto en Hong Kong. Esto le da a China control sobre Hong Kong aun antes de que sea 1997.

Todas estas actitudes nos hacen pensar si realmente China va a cumplir con su promesa y si sólo con la inseguridad que ésta situación trae no será destruido el superior crecimiento económico que hasta ahora se ha dado. Todo parece indicar que Hong Kong va a quedar como un recuerdo, pues ya para 1990, más o menos 62,000 personas emigraron. Entre ellas, gente profesional que tenía una gran preparación y que ayudaba a la economía. También la mitad de las compañías que tenían el centro de operaciones de la bolsa o intercambio de valores lo trasladaron a otros países y la mayoría de los ahorros que iban a ser destinados a la inversión en Hong Kong se fueron a otros países.

Todo esto parece indicar que China no cumplirá con su promesa, pero aun si la cumpliera, ¿Qué pasaría con Hong Kong? Puede ser que aunque China cumpla con su promesa Hong Kong nunca vuelva a tener la estabilidad y transmita la seguridad de antes, y esto es algo básico para incentivar la inversión. Al tener la amenaza de poder perder todo la gente prefiere no invertir y esto puede suceder. Al pasar al dominio de China, pude ser que Hong Kong nunca vuelva a ser lo que era antes, pues sólo con el anuncio de que en un futuro iba a ser parte de China, mucha gente dejó de invertir y se llevó su capital de allí.

Realmente todo lo que se puede decir de Hong Kong en el futuro no puede ser muy preciso, pues es muy difícil predecir qué va a suceder. Todos estos razonamientos nos hacen reflexionar y pensar ¿Qué va a suceder con Hong Kong cuando regrese al dominio de la China Roja en el año de 1997? ¿Será posible que China logre mantener su promesa de no intervenir en el sistema económico de Hong Kong? ¿Será destruido el milagro económico de Hong Kong, a manera que sólo sea recordado como un mito y no como una realidad existente? Todo esto lo sabremos con el pasar del tiempo, pero puede ser que lo que le espera a Hong Kong sea bueno o malo. Todo parece estar en las manos de la política económica y gubernamental que Hong Kong mantenga después de que pase a ser parte de China Comunista.

Ana Lucía Ramila
Estudiante de Derecho, UFM

BIBLIOGRAFIA

1. Alvin Rabushka. **From Adam Smith To The Wealth Of Nations.** Transaction Books. U.S.A., 1985.
2. Alvin Rabushka. **Tópicos de Actualidad No. 629: El Milagro de Hong Kong.** Centro de Estudios Económico-Sociales. Guatemala, 1987.
3. Alvin Rabushka. **El Milagro Económico, ¿Mito o Realidad?** Editor: Juan Fernando Bendfeldt.
4. Milton Friedman. **Free To Choose.** Publishers of Bard, Camelot and Discuss Books, New York, 1981.
5. **World Book Encyclopedia.** Childcraft International Inc.U.S.A., 1982. Tomo 9, Year Books: 1986, 1989, 1990, 1991, 1992.

LA "FALSIFICACION LEGAL" Y LA INFLACION MONETARIA

"La inflación no es un fenómeno capitalista ni comunista, sino el efecto del empleo desconsiderado de la máquina de hacer billetes."

Milton Friedman.

Inflación significa dinero en demasía, aunque esa es una simple definición encierra el verdadero significado de inflación monetaria, mal que azota hoy día a la mayoría de los países. Sin embargo, dicho fenómeno se ha agravado en los países en vías de desarrollo como Guatemala.

La inflación monetaria consiste en la excesiva emisión de moneda sin un respaldo real en la producción. La característica de la inflación es la pérdida del valor de la moneda de un país y la disminución del poder adquisitivo de la misma.

Esto sucede porque el dinero es como cualquier otro bien y por lo mismo está sujeto a la ley de la oferta y la demanda. Si la moneda está sujeta a la ley de la oferta y la demanda, debe entenderse que si la oferta total de dinero (o la cantidad existente de dinero) aumenta, el poder adquisitivo de ese dinero disminuirá. De esta manera se altera el mercado y reina la incertidumbre. Las funciones del dinero como unidad de cuenta, depósito de valor y como medio de cambio son destruidas.

Además el sistema de oferta y demanda es alterado, por lo que el sistema de precios se vuelve inseguro. La inseguridad en el sistema de precios destruye el sistema de información social. Es decir, elimina el cálculo económico, esto es, la posibilidad de establecer comparaciones entre costos y rendimientos esperados. Si el cálculo económico deja de existir, asimismo desaparece la inversión.

Podríamos decir que vivimos en la "era de la inflación". No existe moneda alguna que no haya sido depreciada.

La falsificación de moneda es una forma de causar inflación, ya que, con ella se aumenta el dinero circulante y consecuentemente se ocasiona la inflación.

Tal es la gravedad de la falsificación, que es penada y en nuestro país, por ejemplo, se ha dedicado un capítulo entero del código penal regulando ese delito.[1]

No obstante, no toda la falsificación es tipificada como delito, hay una que goza de todo el apoyo legal. Ese privilegio lo tiene el Estado, quien ha sido facultado por las leyes para hacer "micos y pericos" con el dinero.

Ahora bien, si un ciudadano falsifica dinero es calificado por todos de delincuente. Lo acusan por recoger del mercado artículos sin que recíprocamente produzca otros, provocando que para aquellos quienes si trabajan sea más difícil adquirir nuevos artículos. En otras palabras, el falsificador está robando, porque participa en el mercado sin aportar nada a él. Por eso es por lo que la falsificación es censurable. Lo mismo sucede cuando el gobierno emite nuevo dinero con el objeto de cubrir aquellos gastos que exceden a sus ingresos. Es decir, el gobierno actúa de igual manera que un falsificador, gasta más de lo que devenga e imprime nuevos billetes para compensar su déficit.

La única diferencia entre una falsificación privada y la del gobierno, es que en el primer caso es el falsificador quien se beneficia robándole a los demás ciudadanos, y en el segundo, es el gobierno el que se beneficia, iniciando sus "grandes proyectos", los cuales los ciudadanos no tienen ningún interés en financiar ni por sus propios medios, ni mucho menos por impuestos.

La inflación significa para el gobierno el camino más fácil para cubrir sus excesivos gastos sin recurrir a los impopulares impuestos y obteniendo el mismo resultado (quitar a unos para dar a otros), pero "debajo de agua".

Mises, refiriéndose a los políticos y la inflación nos dice: "La necesitan a fin de financiar su política de temerario derroche y para comprar a los votantes".[2]

De modo que a quienes gobiernan no les interesa parar la inflación, porque la raíz de la misma involucra sus intereses.

Lo lamentable de la inflación es el costo que impone a la sociedad, porque la sume en la desestabilización económica y consecuentemente en la pobreza.

"El brazo ejecutor del gobierno que lleva a cabo la inflación es generalmente la banca central"[3].

Los gobiernos a través de las leyes han establecido el

1 En el Código Penal (Decreto No. 17-73) de Guatemala, en su libro segundo, título VIII. "De los delitos contra la fe pública", dedica el primer capítulo al delito de la falsificación monetaria. Así, por ejemplo, en el artículo 313 se establece lo siguiente "Quien fabricare moneda falsa imitando moneda legítima nacional [...] será sancionado con prisión de dos a diez años".

2 Von Mises, Ludwig. **Teoría del dinero y crédito.** Ediciones Zeus. Impreso en España. P 485.

3 Sennholz, Hans. **Las Causas de la Inflación.** Tópicos del Actualidad No. 326. Guatemala, 1974 P 61

monopolio de emisión monetaria, nombrando un ente a través del cual llevan a cabo sus "funciones" (es decir, el "control" de la moneda y la emisión de la misma).

Así, en la Constitución guatemalteca el artículo 132 dice:
"Es potestad exclusiva del Estado emitir y regular la moneda [...]"[4]

El anterior artículo es reafirmado en el artículo cuarto de la Ley Monetaria:
"Unicamente el Banco de Guatemala puede emitir piezas monetarias dentro del territorio de la República [...]"[5]

Lo anterior es un ejemplo de cómo un monopolio tan perjudicial goza del apoyo del marco jurídico.

Es necesario aquí recordar aquellas palabras de Montesquieu:
"El que ejerce el poder siempre tiende a abusar de él [...]"[6], porque si se ha dado esa facultad al Estado sin establecer un límite lo más probable es que se sobrepase. Por ello, leyes como esas desvirtúan al Derecho puesto que exponen a la sociedad a posibles abusos.

"La tendencia hacia una arbitrariedad gubernamental en materia de política monetaria ha sido respaldada por leyes que no responden a ningún ideal de justicia, sino simplemente a los intereses temporales de un legislador."[7]

Es decir, en nuestra legislación como en muchas otras, prevalece la Doctrina positivista de la ley. Esto significa que la ley no está fundamentada en el Derecho natural y por consiguiente el valor de la justicia está ausente. Porque de acuerdo con la doctrina del positivismo es "justo" lo que se tiene por legal, ignorando que la razón de ser de las leyes es precisamente la justicia (es legal lo que es justo).

Kevin Dowd afirma:
"Cuando el gobierno esté involucrado en el sistema monetario la política monetaria se convierte inherentemente en política, y es determinada por la interacción política"[8]. De acuerdo con Dowd, el gobierno, lejos de ayudar a equilibrar el sistema monetario, lo somete a caprichos políticos.

Geoffrey Brennan y James Buchanan proponen que para detener la inflación es necesario "atarle" las manos al gobierno respecto de la emisión monetaria, es decir, establecer los límites requeridos para evitar la emisión sin respaldo. Según dichos autores, lo anterior es posible mediante el sometimiento del gobierno a un régimen monetario determinado por la Constitución.

No obstante, aunque la "facultad monetaria" del Estado esté restringida, no deja de ser peligrosa. Es muy fácil para el Estado considerar necesaria la extensión de dicha facultad y reformar la ley, hasta lograr establecer de nuevo un régimen monetario arbitrario. Hayek afirma: "[...] la historia ha sido en gran parte una historia de inflación y usualmente de inflaciones ingeniadas por los gobiernos y para el beneficio de los mismos"[9].

Imaginar que funcione un país sin banca central parece imposible. Históricamente la banca central fue creada por el hombre hace dos siglos, mientras que el dinero tiene de existir más de dos mil años. Esto nos demuestra que el sistema monetario pudo desenvolverse y puede hacerlo sin un banco central.

El sistema opuesto al que actualmente impera (sistema de curso legal o forzoso) es el de curso voluntario o libre.

Este sistema consiste en que cada persona es libre de aceptar o no determinado medio de intercambio como pago, esto trae como consecuencia que la persona tiene libertad de elección respecto del dinero del emisor que mejor le parezca. El mencionado sistema se dio en los orígenes del dinero, donde comerciantes y banqueros emitían su propio dinero; según la confiabilidad de estos emisores los acreedores aceptaban o no su dinero. Esta confiabilidad se fundamentaba en la obligación de los emisores de redimir su dinero por el bien que lo respaldara. Los emisores que no cumplían con dicha obligación eran condenados por el mercado al disminuir la aceptación de su moneda, siendo eliminados por el mismo mediante la purificación en la circulación de monedas.

En dicho sistema existen varias opciones de fuentes de emisión monetaria, predominando entre ellas los bancos privados. La moneda emitida por bancos tuvo su mayor desarrollo en el siglo XIX. Los bancos respaldaban su dinero en un patrón metálico (oro, plata, cobre o una combinación de los mismos). La aparición de los bancos centrales como entes monopólicos de emisión monetaria hizo desaparecer el dinero de banco. Se afirma que el establecimiento de la banca central se debió a la ineficiencia de la banca privada libre, pero la historia comprueba

4 Leyes de Guatemala. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Ayala y Jiménez editores. Guatemala, 1991. P.25.
5 Ley Monetaria. Ayala y Jiménez editores. Guatemala: 1987. P.3.
6 Harris, John. **La división de poderes**. Ediciones ADA. México: 1990. P.24.
7 Chacón T., Carlos. **El control jurídico de la emisión monetaria**. UFM. Guatemala: 1984. P.65.
8 Dowd, Kevin. **Private Money**. Hobart Paper 112. IEA. 1988. P.21
9 Hayek, F. **Denationalization of money**. Hobart Paper 70. IEA. 1976. P.27.

todo lo contrario.

Un ejemplo de la eficacia del dinero privado, es la historia de moneda bancaria que sucedió en la capital de Fukien, en China Continental. Después de la mala experiencia con el papel moneda emitido por el gobierno, la dinastía Ching (1644-1911) decidió encargar la emisión monetaria al mercado. La moneda carecía de regulaciones gubernamentales y era redimida en cobre. El dinero se dispersó por toda la provincia debido a la eficiencia de los sistemas de compensación. Este régimen monetario desapareció por la serie de regulaciones impuestas, después de la revolución de la República en 1911. Esas regulaciones beneficiaban a los bancos que habían financiado a los revolucionarios. En 1927 los nacionalistas tomaron el poder estableciendo en 1935 el régimen de Curso Legal o forzoso beneficiando a los tres bancos más grandes existentes. Finalmente se entregó el monopolio de emisión monetaria al Banco Central de China. Con el fin de aumentar sus entradas, el gobierno, aumentó la emisión de moneda y como consecuencia la misma fue depreciada. En 1950, la emisión monetaria fue centralizada por los comunistas en el Banco del Pueblo. La inflación llegó a ser de tal grado, que las monedas de bajas denominaciones escaseaban.

Lo anterior es una muestra de que la principal causa para la aparición de la Banca Central fue el deseo del gobierno de obtener ingresos en forma fácil.

Así como las costumbres y el lenguaje, el dinero nace de forma espontánea en la sociedad como solución a la necesidad de facilitar el intercambio. Actualmente el dinero ha cumplido torpemente con esa finalidad llegando incluso a ser sustituido por el primitivo trueque.

El dinero no es el culpable de lo que está sucediendo; es sólo que no se le permitió permanecer bajo el control del mercado, sino que se hizo de él un instrumento gubernamental de manipulación. Nadie puede ordenar deliberadamente una institución que por naturaleza es espontánea.

Se ha implantado la doctrina de curso legal, doctrina que consiste en la emisión exclusiva de dinero por parte del Estado y en la obligación de aceptar esa moneda para nuestras transacciones.

Afirma Eduardo Weymann:
"El curso legal es en principio el instrumento de manipulación más fuerte con que cuentan los gobernantes para intervenir en nuestras decisiones".[10]

El Banco Central -encargado de este monopolio estatal- emite y regula el dinero fundamentándose en el criterio de un grupo de personas que creen saber cuáles son las necesidades del mercado. Esto es **absurdo** porque es imposible que esa información se reúna en una institución. Sólo la información dispersa en el mercado puede determinar cuáles son sus necesidades y la forma de optimizar los recursos.

"Si confiamos en el mercado para proveernos de ropa y pan, por qué no dejamos que el mercado nos brinde dinero libre?" [11] Un dinero que no dependa de las decisiones de personas representantes de grupos de interés. Un dinero que destruya el poderío del gobierno que vive en un mundo fantasioso a expensas de la sociedad que paga con el alto costo de la inflación.

El dinero libre es la respuesta para resolver el problema de la inflación. Un dinero libre sujeto a la competencia se autoregularía y mantendría la estabilidad de su valor; el interés por permanecer en el mercado haría que los emisores fuesen cada vez más eficientes y por ende el sistema monetario tendería a ser altamente eficaz. Así sería demandado el dinero que mejor cumpliera con las funciones de ese bien.

En el sistema de dinero privado el gobierno se limita a asegurar el cumplimiento de las obligaciones contratos establecidos entre los individuos. Las leyes cumplen como medios de protección y de seguridad de las transacciones, ejerciendo el papel para el cual se constituyeron.

De lo anterior se puede concluir que la Banca Central como monopolio de la emisión monetaria es la principal causa de la inflación monetaria, por lo que atenta contra la propiedad privada y entorpece las funciones del dinero. Con la inflación se roba el valor de nuestro dinero afectando sin distinción a toda la población. Por esto debe pensarse en un sistema monetario que garantice las funciones del dinero: el sistema de dinero libre.

Tener una economía sin inflación es posible, pero si el monopolio estatal de emisión monetaria continua, lo más probable es que la misma sea cada vez mayor.

Despojémonos del mito de la Banca Central y démosle una oportunidad a la economía a través de un sistema de dinero libre.

Jary Méndez Maddaleno
Estudiante de Derecho, UFM

---

10 Weymann, E. **Dinero Privado**. Tópicos de Actualidad No. 687. CEES. Guatemala: 1989. P.102.
11 Gallon, J. **Dinero Libre**. Diario La Hora. Guatemala: 1 de octubre de 1992.

BIBLIOGRAFIA

Leyes de Guatemala. **Código Penal.** Ayala y Jiménez editores. Guatemala: 1991. P. 1162.

Leyes de Guatemala. **Constitución Política de la República de Guatemala.** Ayala y Jiménez editores. Guatemala: 1991. P. 25.

Von Mises, Ludwig. **Teoría del dinero y crédito.** Ediciones Zeus. Impreso en España. P. 546.

Ley Monetaria. Ayala y Jiménez editores. Guatemala: 1987. P.32.

Dowd, Kevin. **Private money (The path to monetary stability).** Hobart Paper 112. IEA (Institute of Economic Affairs). 1988. P.70.

Brennan, Geoffrey y James Buchanan. **Monopoly in Money and Inflation (The case for a Constitution to discipline govermment).** Hobart Paper 88. IEA. 1981. P. 68.

Hayek, F. **Denationalization of money.** Hobart Paper 70. IEA. 1976. P.108.

Chacón T. Carlos. **El control jurídico de la emisión monetaria.** Tesis UFM. Guatemala: 1984. P. 156.

Sennholz, Hans. **Las Causas de la Inflación.** Tópicos de Actualidad; Año XV; No. 326. CEES (Centro de Estudios Económico-sociales). Guatemala: 1974. P. 9.

Weymann, Eduardo. **¿Es la Banca Central obsoleta?** Tópicos de Actualidad; Año XXXI; No. 704. CEES (Centro de Estudios Económico-sociales). Guatemala: 1990. P. 5.

Weymann, Eduardo. **El dinero nacional.** Tópicos de Actualidad; Año XXXII; No. 733. CEES (Centro de Estudios Económico-sociales). Guatemala: 1991. P. 5.

Weymann, Eduardo. **¡Dinero privado!** Tópicos de Actualidad; Año XXX; No. 687. CEES (Centro de Estudios Económico-sociales). Guatemala: 1989. P. 5.

Harper, Floyd. **La inflación.** Tópicos de actualidad; Año XIV; No. 306. CEES (Centro de Estudios Económico-sociales). Guatemala: 1973. P.8.

Galtón, Juan. **Diario Libre.** Diario La Hora. Guatemala: 1 de octubre de 1992.

"El mercado de valores, con el mejor conjunto de datos económicos mundiales, no puede predecir científicamente el alza o la baja del oro o la plata o los productos, como la oficina meteorológica puede pronosticar el tiempo. La razón está, claramente, en el hecho de que hay en lo primero un elemento humano".

Lin Yutang

CONSTITUCION, PATRIA Y PUEBLO

En el año 1985, después de un Golpe de Estado, el pueblo soberano de Guatemala engendró y dio a luz una nueva Constitución, la cual, como lo han sido siempre las constituciones en este país, no fue más que el reflejo de la idiosincrasia y policromía de las corrientes politiqueras existentes en ese momento determinado y con esas circunstancias dadas (tómese en cuenta bien, que no hablo de corrientes políticas, ni mucho menos filosóficas, ya que en nuestra tierra los partidos políticos solamente enarbolan la bandera de los ideales que están de moda y que son los más fáciles de vender al mayor número de personas, y no porque exista una verdadera convicción acerca de una doctrina política o de una corriente filosófica).

Como era de esperarse, la Constitución no fue perfecta, ni mucho menos el recipiente de aquel derroche de virtudes que un pueblo sano hubiera esperado; nuestra Constitución nació con algunas deformaciones, y éstas son aquéllas que se manifiestan en el sin número de contradicciones que quedaron en ella plasmadas.

Estas malformaciones han dado lugar a que se discuta sobre la conveniencia de reformar la Constitución, pues las contradicciones están a los ojos de todos los guatemaltecos. La Constitución se reformará, -pero ¿quién la reformará?...,- ¿acaso no son aquellos mismos que la hicieron?..., -¿y quién me puede jurar que esta vez todos se pondrán de acuerdo para dictar una Constitución en un sólo sentido?..., todos la querrán perfeccionar, y tal vez todos lo logren, poniendo al día la Constitución con sus intereses y sus conveniencias, y no resultándonos más que algo parecido o peor a lo que ya tenemos.

Si se ha de reformar la Constitución, me gustaría que a los que les tocara hacerlo, por primera vez expusieran razonamientos verdaderos y si alguien los expone, que los escucharan y meditaran; que dejaran por un lado los lineamentos del partido, y por esta vez, pensaran y razonaran como hombres y no como maniquíes de la voluntad de la junta directiva de algún partido; me gustaría que se olvidaran de sus negocios o de los que les pudieran resultar y se pusieran en los huesos de los que representan, de los que con sus votos los llevaron a ese digno cargo; me gustaría que tomaran conciencia que una Constitución no puede albergar ambigüedades, pues de la seguridad jurídica que de ella emane, dependerá todo el ordenamiento jurídico del país y la seguridad de los derechos de todos los ciudadanos guatemaltecos. Para terminar me gustaría que hicieran una Constitución honorable y digna de respeto.

Rodolfo Estuardo Salazar Paniagua
Estudiante de Derecho, UFM

"Más que ninguna otra cosa, lo que ha hecho posible el progreso de la vida es la habilidad para escoger lo bueno de lo malo".

Charles Lindbergh (1945)

AGRADECIMIENTO

Con un agradecimiento muy especial a quienes con su colaboración hicieron posible la publicación de esta revista:

Consejo Directivo de la Universidad Francisco Marroquín

Guatemala de la Asunción, julio de 1993.

Diagramación: Editorial IDEA, La Universidad en su Casa Universidad Francisco Marroquín

Universidad Francisco Marroquín
Facultad de Derecho
Revista
Apartado postal 632-A
01010 Guatemala, ciudad.
Centro América.

UFM-BIBLIO
091990